Die Besitzverhältnisse beim Schrankfachvertrag und die Verpfändung des Fachinhaltes ohne körperliche Besitzübertragung.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinz Harting
Gerichtsreferendar
aus Hagenburg

NOLTE

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 17. 10. 1935.

1. Berichterstatter: Professor Dr. jur. Schulz-Schaeffer
2. Berichterstatter: Professor Dr. de Boor

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis

Literaturverzeichnis.

Bacharach: Der Schrankfachvertrag, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1913, S. 257 ff., 295 ff.

Bondi: Zwangsvollstreckung in sogenannte Bank-Safes in Sächs. Archiv f. Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 13, S. 8 ff.

Brückner: Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer in seiner Stahlkammer an Geschäftsfreunde zur Aufbewahrung von Wertpapieren usw. gegen Entgelt überläßt? In: das Recht 1902, S. 251 ff.

Cohn: Die Rechtsbeziehungen an den in die Stahlkammer einer Bank hineingelegten Wertpapieren und die Zwangsvollstreckung in diese Wertpapiere. In Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 30, S. 235.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. Bd. I 1922. Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1902; Bd. III 1905.

Dernburg: Das Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.

Dernburg-Raape: Das Bürgerliche Recht, 4. Aufl. Bd. II, 2.

Dorpalen: Zur Frage des Pfandrechts am Schrankfachinhalt, im Bankarchiv 34. Jahrgang Nr. 1. S. 8 ff.

Düringer: Die Verwahrung im Schrankfache des Bankiers. Im Bankarchiv 1905 S. 65 ff.

Düringer - Hachenburg - Lehmann: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1932 Bd. V, 2.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II, 1904 S. 325 ff.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1932.

Esmarch: Vacuae Possessionis Traditio. Prag 1873.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 1927.

Focke: Die rechtliche Natur des Schrankfachvertrages, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1914, S. 58, 59 und Das Besitzverhältnis am Schrankfachinhalt, ebenda S. 109 ff.

J. v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 4. Aufl. 1933.

O. Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. II 1905.

Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre in Vermischte Schriften von L. Goldschmidt. Bd. I 1901 S. 23 ff.

Gumbel: Der Stahlkammerfachvertrag der Deutschen Banken 1908.

Gumprecht: Die Haftung der Banken bei Schrankfachverträgen. Im Zentralblatt für Handelsrecht 1929, S. 157 ff.

Hancke: Ist der sogen. Safevertrag ein Miets- oder ein Verwahrungsvertrag? In DJZ. 1900, S. 389.

Heinrici: Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern. In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 1900. S. 820 ff.

Hertel: Die Rechtsverhältnisse beim Safe-Fach. In justizdienstliche Rundschau. 5. Jahrgang S. 52 ff.

Hoeniger Die gemischten Verträge in ihren Grundformen 1910.

Jacoby: Die rechtliche Natur des Safe-Geschäfts, Leipzig 1908.

Jaeger: Konkursordnung, 6. und 7. Auflage. 1931.

Jaffé: Tresors ohne Mitverschluß der Bank. In DJZ. 1910 Sp. 143, 144. und DJZ. 1911. Sp. 871, 872.

Jung: Bürgerliches Recht 1931.

Kohler: Bürgerliches Recht in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft 1904 Bd. I S. 679 ff.
Kohls: Die Rechtsverhältnisse aus dem Bankfache, Erlangen 1913.
Korn: Die Technik der Bankdepot-Geschäfte. In: Annalen des Deutschen Reiches, begründet von Hirth 1906 S. 481.
Lafrenz: Die Ablieferung des im Bank-Safe verwahrten Testamentes nach dem Tode des Erblassers, in DJZ. 1904 S. 159 f.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch 1. Aufl. Bd. II. S. 306.
Loebner: I. Der Schrankfachvertrag der Deutschen Banken nach seiner zivilrechtlichen Seite. Leipzig 1910. II. Stahlkammer-Fach-Verträge bei alleinigem Verschluß des Faches durch den Kunden in: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 1912. S. 86 f.
Marcus: Bemerkungen über die Rechtsnatur des Schrankfach-Vermietungsvertrages in Holdheim's Monatsschrift 1905 S. 251 f.
Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 4. Aufl. 1932.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. 1928.
Obst: Das Bankgeschäft Bd. II 1930.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1929 2. Abtlg.
Ohse: Pfändung in ein Stahlfach in JW. 1931. S. 2079.
Opitz: I. Tresorgeschäfte im Bankarchiv Bd. 28 S. 277 f. II. Der Schrankfachvertrag in Handwörterbuch des Bankwesens. Herausgegeben von Palyi und Quittner. Berlin 1933 S. 493 f.
Pinner: Die Pfändung von Gegenständen . . . . in der Stahlkammer einer Bank, in: Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. 1895. S. 65 f.
Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1928.
Planck-Brodmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht 4. Aufl. 1920.
Prost: Besitzen die Banken ein gesetzliches Pfandrecht an den im Safe ihrer Kunden befindlichen Gegenständen in JW. 1934. S. 965 f.
Ratzenhofer: Die juristische Behandlung der Safes-Depots in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 1903 S. 363 f.
Regelsberger: Die Rechtsverhältnisse, die auf Grund des sogen. Schrankfachvertrages entstehen, in: Bankarchiv Bd. VII S. 2 f.
Reichsgerichtsräte-Kommentar Bd. II, Schuldverhältnisse 1934. Bd. III Sachenrecht 1934.
Riesser-Bernstein: Das Bankdepot-Gesetz, 5. Aufl. 1928.,
Rosenberg: Sachenrecht. 1. Halbband 1919.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.
Schlotter: Zum Schrankfachvertrag, in Bankarchiv Bd. VII S. 125.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in: Iherings Jahrbücher Bd. 60 S. 150 f.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. II 1933.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl. Bd. I 1929.
Staub-Pinner-Bondi: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. 1933 Bd. IV.
Staudinger-Kober: Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. 1929. Sachenrecht 1926.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Bd. II 1929.
v. Stieglitz: Die Haftung der Banken bei Schrankfachverträgen in: Zentralblatt für Handelsrecht 1929 S. 65 f.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Bd. 1 1930.
Wendt: Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung in: Iherings Jahrbücher Bd. 21 S. 56 f.
Wettstein: Das Kassenschrankfachgesetz. Zürich 1905.
Wilutzky: Miete mit doppeltem Verschluß? In DJZ. 1900 S. 294.
Wimmer: Das Kassenschrankfachgeschäft. Leipzig 1907.
Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 1906; Bd. II 1906.

M. Wolff: Besitzer, Besitzdiener, Arten des Besitzes. In: Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV, 1, 1917 § 6.
— Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches in: Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 143 f.
— Das Sachenrecht. 8. Aufl. 1929
— Bemerkung zu Valery: Traité de la location des coffres-forts in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt Bd. 58, S. 348 f.
Zahnen: Bemerkung zum Urteil des Reichsgerichts VII. 50/33 in: JW. 1933, S. 2138 zu Nr. 22.

Die Entwicklung der Technik und der Verkehrseinrichtungen stellen Rechtslehre und Rechtsprechung immer wieder vor neue Probleme. Auch beim Schrankfachgeschäft der Deutschen Banken, das seit dem Anfang seiner Entstehung wiederholt Anlaß zu juristischen Erörterungen gegeben hat, haben sich bis jetzt keineswegs feste Rechtsregeln herausgebildet, obwohl es täglich vorkommt und mehrfach die Gerichte beschäftigt hat. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, eine Übersicht über den augenblicklichen Stand der Rechtsprechung zu geben und gleichzeitig zu einer Zweifelsfrage über die Verpfändung des Schrankfachinhaltes Stellung zu nehmen. Eine Untersuchung darüber dürfte gerade in der Jetztzeit berechtigt sein, die gekennzeichnet wird durch eine immer größer werdende Komplizierung des Geld- und Bankwesens und ein immer stärker werdendes Anschwellen der Kreditschwierigkeiten und damit der Verpfändungen. Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung des Schrankfachgeschäftes ist auch versucht worden, durch eine Umfrage bei den führenden Deutschen Großbanken die Stellungnahme der Praxis zu diesen Fragen kennen zu lernen. Besonderen Dank schuldet der Verfasser der Deutschen Bank und Diskonto Gesellschaft sowie der Commerz- und Privatbank für ihre bereitwillige Unterstützung und Auskunftserteilung. — Der bekannte Einbruch in die Depositen Kasse der Deutschen Bank und Diskonto Gesellschaft in Berlin im Jahre 1929 hatte weiter Veranlassung gegeben, die Auswirkungen der daraufhin zwischen den Versicherungsgesellschaften und den Geschädigten abgeschlossenen Vergleiche auf die praktische Ausgestaltung des Schrankfachgeschäftes zu untersuchen. Das wurde jedoch durch die Unzugänglichkeit des Materials verhindert, so daß das Ziel der Arbeit insoweit zurückgesteckt werden mußte.

§ 1.

Da der Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches weitgehend durch die Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse bestimmt wird, erfordert die Aufgabe der vorliegenden Arbeit zunächst eine kurze Darlegung der technischen Ausgestaltung des Schrankfachgeschäfts. Dabei erübrigt sich ein Eingehen auf die verschiedenen Hypothesen, die bezüglich der Entwicklung des Schrankfachgeschäfts aufgestellt worden sind [1]), da sie zwar rechtshistorisch zu interessieren vermögen, für die derzeitigen tatsächlichen Verhältnisse aber nicht ausschlaggebend sein können [2]). — Das Schrankfachgeschäft hat sich im letzten Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts entwickelt und zwar zunächst in Amerika und England [3]). In Deutschland

1) Vor allem Wettstein aaO. S. 17—27. vgl. auch Jacoby aaO. S. 5 f.

2) vgl. Korn aaO. S. 498, der die Wettsteinsche Darstellung mehr romanhaft als historisch nennt.

3) vgl. Korn aaO. S. 498, Wettstein S. 17, Düringer aaO. S. 65, Wilutzky S. 294, Ratzenhofer S. 363.

hat es nach dem großen Bankkrach im Anfang der neunziger Jahre rasch Eingang gefunden, da es einem allgemeinen Verkehrsbedürfnis nach größerer Sicherheit für das Privatkapital entsprach. Die Besonderheit des Schrankfachgeschäfts ist folgende: Wer seine Wertpapiere, Schmucksachen, Kostbarkeiten usw. nicht im eigenen Geldschrank aufbewahren will, sondern die besonders sicheren Tresoranlagen der modernen Bankhäuser benutzen will, andererseits aber auch eine Zugriffsmöglichkeit des Bankiers ausschließen möchte, kann diese Gegenstände in das Schrankfach einer Bank legen [4]). Ein solches Schrankfach ist ein feuer- und diebessicheres Stahlfach in den durch besondere technische Einrichtungen gesicherten Tresoranlagen einer Bank. Es ist in der Regel durch zwei verschiedene Schlösser zu öffnen und zu schließen. Den Schlüssel des einen Schlosses hat der Bankier, den des anderen der Kunde, so daß nur beide gemeinsam öffnen und schließen können. Notwendig ist das jedoch nicht, denn es gibt auch Schrankfächer, die unter alleinigem Verschluß des Kunden stehen, so daß sich die Tätigkeit des Bankiers in der Gewährung des Zutritts zur Stahlkammeranlage erschöpft. In dem Schrankfach selbst befindet sich meist noch eine Blechkassette, in die der Kunde seine Sachen einlegt. Diese steht unter seinem alleinigen Verschluß. Der Zutritt zu den Tresorräumen ist dem Kunden nur unter besonderen Vorsichtsmaßregeln möglich, z. B. nach Nennung eines Paßwortes, Vorzeigen einer Kontrollkarte oder Abgabe der Unterschrift. Damit ist einer unrechtmäßigen Benutzung der Schrankfachanlagen nach menschlichem Ermessen vorgebeugt.

§ 2.

I. Die rechtliche Natur des Schrankfachvertrages ist nicht unbedingt entscheidend für eine Untersuchung der Besitzverhältnisse am Fachinhalt. Trotzdem bedarf es einer Stellungnahme dazu. Es liegt nahe, bei einer Prüfung der Verpfändungsmöglichkeit auch die Frage nach einem etwaigen gesetzlichen Pfandrecht mit zu erörtern. Das ist um so erforderlicher, als gerade für die praktische Auswirkung des Pfandrechts die Frage einer Konkurrenz von vertraglichem und gesetzlichem Pfandrecht von grundlegender Bedeutung ist. Von den gesetzlichen Pfandrechten des BGB. oder HGB. könnte aber nur das Vermieterpfandrecht in Frage kommen, mit anderen Worten: ein gesetzliches Pfandrecht am Schrankfachinhalt ist nur dann denkbar, wenn man den Schrankfachvertrag als Mietvertrag auffaßt.

Die Stellungnahme der Wissenschaft zu dieser Frage ist nicht einheitlich. Eine Entscheidung der Rechtssprechung lag bis vor kurzem — jedenfalls soweit es sich um das Reichsgericht handelt — noch nicht vor. Der Zweck des Schrankfachvertrages scheint zunächst auf Verwahrung hinzudeuten. Die Banken pflegen in ihren Formularen dagegen durchweg von der „Miete“ eines Schrankfaches zu sprechen. Was ist nun richtig?

Daß die von den Parteien für das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis gewählte Bezeichnung nicht entscheidend sein kann für die

4) vgl. dazu im einzelnen Obst aaO. S. 596, Düringer-Hachenburg aaO. V, 2. S. 1098.

Beurteilung seiner juristischen Natur, liegt auf der Hand [5]). Die Anhänger der verschiedenen Meinungen über die Vertragsnatur haben daher auch mit Recht auf ein solches Argument verzichtet. Aber auch der von den Parteien verfolgte wirtschaftliche Zweck kann nicht allein maßgebend sein. Das nimmt z. B. Wettstein [6]) — anscheinend im Anschluß an Dernburg [7]) — an. An der Wettscheinschen Argumentation ist so viel richtig, daß bloße Äußerlichkeiten, der objektive Tatbestand allein, nicht entscheidend sein können, und daß die Willensrichtung der Vertragsparteien berücksichtigt werden müsse. Nicht richtig ist es aber, wenn Wettstein nun allein auf den Parteiwillen abstellt und aus dem wirtschaftlichen Zweck des Vertrages auf seine juristische Qualifikation schließt. Eine solche Überschätzung des Willensmoments ist unbegründet und führt zwangsläufig zu falschen Ergebnissen. Darauf hat schon Jacoby [8]) aufmerksam gemacht, der Wettstein auf das Beispiel der Sicherungsübereignung hinweist. Ebensowenig wie die Sicherungsübereignung rechtlich Verpfändung bedeute, ebensowenig mache der dem Verwahrungsvertrag ähnliche Zweck des Schrankfacheschäftes dieses zum Depot. Dem kann nur zugestimmt werden. Wenn die kontrahierenden Parteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten festgelegt haben und damit die gesetzlichen Voraussetzungen des Vertragstyps A verwirklicht haben, so liegt nicht schon allein deswegen der Vertragstyp B vor, weil die Parteiabsicht vielleicht darauf gerichtet war [9]). Man muß also, um zu einer zutreffenden Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zu kommen, sowohl die äußeren Erscheinungsformen, als auch das subjektive Moment, das, was die Parteien sich vorgestellt haben, was sie mit dem Vertragsabschluß erreichen wollten, in gleicher Weise berücksichtigen. Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß der wesentliche Inhalt des Schrankfachvertrages zunächst in einer „Verwahrung" der in das Schrankfach eingebrachten Wertpapiere, Kostbarkeiten usw. zu bestehen scheint. Die Anhänger der Verwahrungstheorie [10]) u. [11]) führen zur Rechtfertigung ihrer Ansicht vor allem an, daß der wirtschaftliche Zweck des Vertragsabschlusses darauf

5) Düringer aaO. S. 65, Bacharach aaO. S. 257.

6) aaO. 43, 44, S. 55.

7) Bd. II § 349 Abs. 2.

8) aaO. S. 27.

9) vgl. Brückner S. 252: „. . . wenn auch die von den Parteien gewählte Bezeichnung allein nicht entscheidend ist, so wird es doch nicht angehen, im Widerspruch mit der Willensmeinung derselben einen Verwahrungsvertrag anzunehmen, wenn auch dessen gesetzliche Voraussetzungen fehlen".

10) Vor allem Düringer-Hachenburg aaO. S. 1098 ff., Düringer aaO. S. 66, Cosack aaO. S. 512 Ziffer 11, Dernburg-Raape aaO. § 351, IV, Hancke aaO. S. 389, Gumbel aaO. S. 13, Ratzenhofer S. 364, Lehmann-Ring aaO. S. 306, Kohler aaO. S. 680, Jaeger aaO. Anm. 3 zu § 17, Wettstein, S. 32, 44, 55 (mit dem Nebenverhältnis der Miete eines Schrankfaches.

11) Daß von Düringer aaO. S. 66 auch Martin Wolff als Anhänger der Verwahrungstheorie bezeichnet wird, dürfte auf einem Versehen beruhen. Wolff spricht an der von Düringer zitierten Stelle (Jh. J. 44 S. 150), ganz allgemein von den in der Stahlkammer „aufbewahrten" Gegenständen. Er entscheidet sich aber bei der Besprechung von Valéry's: Traité de la location des coffres-forts in ZHR. 58 S. 348 ausdrücklich für Mietvertrag.

gerichtet sei, die in das Fach gelegten Sachen möglichst sicher untergebracht zu wissen[12]), sie gut verwahrt zu wissen[13]). Gewiß ist das Bedürfnis nach Sicherheit der ausschlaggebende Gesichtspunkt für den Vertragsabschluß, aber der Abschluß eines Verwahrungsvertrages ist nicht der einzige Weg, um diese Sicherheit zu erreichen. Daher ist es verfehlt, wenn Wettstein meint, da jemand, der sich für seine Wertpapiere, Kästen und Schubladen „miete", auch zu Hause Platz dafür habe, so sei das Bedürfnis nach Sicherheit entscheidend, nicht etwa Raummangel. Das sei aber ein weiterer Beweis dafür, daß es sich hier um eine Verwahrung handele. — Die tatsächlichen Überlegungen Wettsteins sind richtig, nicht aber seine Schlußfolgerung. Es fehlt nicht an Raum schlechthin, sondern an einem geeigneten Raum, um das Bedürfnis nach Sicherheit befriedigen zu können. Wenn es einem Geschäftsmann an einem besonderen trockenen Raum zur Aufbewahrung einer leicht verderblichen Ware mangelt und er sich dadurch hilft, daß er die Ware in dem geeigneten Raum des Nachbarn lagert, so ist das — wenigstens im Normalfall beim Fehlen besonderer Abreden — kein Verwahrungs- sondern ein Mietvertrag.

Spricht schon diese Überlegung gegen das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages, so zeigt sich bei einer näheren Betrachtung, daß es auch an den gesetzlichen Merkmalen dafür fehlt. Der Verwahrungsvertrag ist wie im römischen und gemeinen Recht nach übereinstimmender Ansicht der Rechtssprechung und des Schrifttums[14]) auch im geltenden Recht ein Realvertrag. D. h. zur Gültigkeit des Vertrages ist außer den übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien noch ein weiterer tatsächlicher Akt, nämlich die Übergabe der zu verwahrenden Sache nötig[15]). Das folgt einmal schon aus dem Wortlaute des § 688 BGB. (eine ihm übergebene bewegliche Sache aufzubewahren) aber auch, wenn man eine Wortinterpretation hier ablehnen will[16]), aus dem Sinn und Inhalt dieser Vorschrift. Schon in den Motiven[17]) wird darüber gesagt, daß die für den Hinterlegungsvertrag aufzustellenden Rechtsnormen fast ausnahmslos die bereits erfolgte Auslieferung der zu verwahrenden Sache zur Voraussetzung haben, und daß für denjenigen, der eine Sache auf-

---

12) Düringer S. 66, Wettstein S. 32.

13) Ratzenhofer aaO. S. 364. „Die Partei will tatsächlich — wirtschaftlich gesehen — nichts anderes, als eine sichere Verwahrung ihrer Wertpapiere durch die Bank, und letztere ist bereit, diesem Bedürfnisse zu entsprechen. Da nun die juristische Natur eines Rechtsgeschäfts abhängig ist von der causa desselben, von dem wirtschaftlichen Effekt, den die Contrahenten erreichen wollen, so liegt im Safe-Depot ein Verwahrungsvertrag . . . vor".

14) Motive Bd. II, S. 569 mit Übersicht über die bisherigen Rechtssysteme; Enneccerus-Lehmann § 166 I, Staudinger-Kober § 688, 2), Planck Anm. IV vor § 688.

15) Anderer Ansicht, soviel ersichtlich, nur Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I S. 629., ihm folgend auch Wettstein S. 62 f.; dagegen nicht, wie Planck aaO. Anm. I vor § 598 meint, Kipp in Windscheid-Kipp II, S. 601, der sich vielmehr ausdrücklich für Realkontrakt erklärt.

16) So Cosack aaO., Wettstein S. 64, vgl. dagegen Protokolle II S. 392: „Man war allerseits einverstanden, daß die wissenschaftliche Streitfrage, ob der Hinterlegungsvertrag als Consensual- oder als Realvertrag charakterisiert werden müsse, nicht zu entscheiden sei.

17) aaO. S. 570.

bewahren lassen will, trotz vorausgegangener Abmachung keine Verpflichtung bestehe, die Sache dem Verwahrer nun auch tatsächlich zu übergeben. Daß der Verwahrer die Übergabe nicht verlangen könne, folge ganz selbstverständlich aus dem Wesen und dem Zweck dieses Vertrages. Diese schon bei der Beratung des Entwurfes zum BGB. vertretene Ansicht über das Wesen des Verwahrungsvertrages wird heute von der gesamten Wissenschaft geteilt. Daß diese Erkenntnis aber ein erhebliches Argument gegen die Annahme darstellt, auch der Schrankfachvertrag sei ein Verwahrungsvertrag, haben auch die Anhänger der Verwahrungstheorie erkannt. Denn wie kann man von einer Verwahrung sprechen, wenn der Bankkunde überhaupt keine Wertsachen in das Fach legt oder sie für längere Zeit daraus entfernt? Trotzdem läuft der Vertrag weiter, der Kunde muß die vereinbarte Vergütung zahlen und der Bankier ihm das Fach jederzeit zur Benutzung überlassen. Man hat sich damit zu helfen gesucht, daß man in solchen Fällen das Vorliegen eines Verwahrungsvorvertrages — eines pactum de deponendo — annimmt [18]), auf Grund dessen der Bankier zur Aufbewahrung, der Kunde zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme verpflichtet sei. Wenn Düringer [19]) meint, dieser Annahmen stünden keinerlei Bedenken gegenüber, der Kunde müsse eben zahlen, weil er jederzeit in der Lage sei, durch Einlegung von Effekten dem Bankier die Verwahrungspflicht aufzubürden, so ist dagegen einzuwenden, daß eine solche Konstruktion den tatsächlichen Verhältnissen nicht Rechnung trägt, und daher gezwungen wirkt. Das hieße nichts anderes, als daß beim jeweiligen Herausnehmen der Sachen durch den Kunden der bisher verwirklichte Verwahrungsvertrag zum Erlöschen gebracht würde und daß nun das ursprüngliche pactum de deponendo wieder aufleben würde [20]), bis der Kunde von neuem von seiner Hinterlegungsmöglichkeit Gebrauch macht. Eine solche Auslegung findet aber weder in dem Wesen des Vertrages selbst noch in der Parteiabsicht irgendeine Stütze [21]). Sie hat überdies das Mißliche an sich, daß sie sich gegen die Wahrscheinlichkeit und gegen den Normalfall wendet. Mit „Auslegungen" kann man aber wohl Grundgedanken von Rechtssätzen oder Rechtsverhältnissen finden, nicht aber Ausnahmen.

Daß es sich hier aber tatsächlich um keinen Verwahrungsvertrag handeln kann, zeigt folgende Überlegung: Die Verwahrung im Sinne der §§ 688 ff. BGB. setzt voraus, daß die betreffenden Sachen dem Verwahrer „übergeben" und von diesem „aufbewahrt" werden. Aber weder das eine noch das andere liegt vor. Von einer Übergabe kann man nicht sprechen, wenn der Kunde ohne Beisein des Bankiers Gegenstände in das

18) So Düringer Hachenburg V, 2 Anhang zum 5. Abschnitt, Anm. 34; Hancke aaO. S. 389, Ratzenhofer S. 364 § 3. Dagegen: Staub Anm. 5 zu Anhang II zu § 424 HGB., der einwendet, daß nicht immer wieder ein neuer Vertrag geschlossen würde, sondern daß sich diese Einzelakte der Kenntnis der Bank ebenso entzögen, wie der Inhalt des Faches.

19) ebenda.

20) vgl. Bacharach S. 261 f., Staub Anm. 5 zu Anhang II zu § 424.

21) Dagegen auch Bacharach aaO. S. 261 f. mit zum Teil allerdings nicht ganz überzeugender Begründung. vgl. auch J. v. Gierke aaO. § 59 IV. Staub wie oben Note I und Zahnen aaO. S. 2138.

Fach legt, ohne daß der Bankier sie kennt oder überhaupt weiß, ob etwas in den Tresor hineingelegt worden ist oder nicht. Gumbel[22]) meint zwar, es sei wohl richtig, daß die Aufbewahrung im Sinne der §§ 688 ff. BGB. im allgemeinen eine Übergabe voraussetze. Trotzdem sei es nicht ausgeschlossen, das Vorliegen einer Aufbewahrung auch dann anzunehmen, wenn es an einer eigentlichen Übergabe fehle. Man müsse sich vor Augen halten, daß doch die Sachen in einem im Gebäude der Bank befindlichen Fach lägen, daß die Bank diese Sachen mit allen ihr zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln der Technik vor fremden Zugriffen schütze und alle Sorgfalt auf die Bewachung verwende. Das aber seien alles Merkmale einer Aufbewahrung im weiteren Sinne — die in ihrer Gesamtheit eine neue vom Verkehr geschaffene Form der Verwahrung darstellten, bei der eine eigentliche Übergabe nicht erforderlich sei. — Diese Beweisführung entbehrt aber einer überzeugenden Kraft. Ganz abgesehen davon, daß es stets ein zweifelhaftes Unterfangen ist, eine durch das Gesetz festgelegte Voraussetzung[23]) durch erweiternde Auslegung hinweginterpretieren zu wollen, muß man berücksichtigen, daß Gumbel ja gar nicht untersuchen will, welcher besondere Vertragstypus vorliegt[24]), sondern nur prüfen will, welche gesetzlichen Bestimmungen der im besonderen Teil der Schuldverhältnisse des BGB. geregelten Verträge auf den Schrankfachvertrag Anwendung finden. Gumbel kommt daher auch folgerichtig zu dem Ergebnis, daß die Normen des Verwahrungsvertrages nur entsprechend anwendbar seien, gibt also keinen eigentlichen Beweis für oder gegen das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages. Trotz der Gumbel'schen Ausführungen darf hier also festgestellt werden, daß eine Übergabe im Sinne des § 688 BGB. nicht vorliegt und daß es somit an einer wesentlichen Voraussetzung für einen Verwahrungsvertrag fehlt.

Aber auch um eine Aufbewahrung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung handelt es sich hier nicht. Die Bank will sich gar nicht zu einer Aufbewahrung verpflichten[25]), sie spricht in ihren Formularen nur davon, daß sie auf die Bewachung und Sicherung der Stahlkammern die erforderliche Sorgfalt verwenden will. Das Objekt dieser bewachenden und sichernden Tätigkeit ist somit nicht der einzelne vom Kunden in das Fach gelegte Gegenstand, sondern die gesamte Stahlkammeranlage als solche. Daraus ergibt sich eine weitere Bestätigung dafür, daß nicht die Verwahrung, sondern die Gewährung eines mit den besten Mitteln der Technik gesicherten Raumes das Charakteristische des Vertrages ist. Wie das oben Seite 10 erwähnte Beispiel des mit besonderen Eigenschaften versehenen Lagerraumes zeigt, handelt es sich in solchen Fällen aber nicht um Verwahrung, sondern um schlichte Miete.

Man hat dagegen eingewandt, daß sich mit der Annahme eines Mietvertrages eben diese Sorgfaltspflicht des Bankiers nicht vereinbaren

---

22) aaO. S. 13.
23) vgl. den Wortlaut des § 688 BGB. „übergebene Sache".
24) Gumbel S. 4 f.
25) Cohn aaO. S. 246; Oertmann aaO. Vorbm. II, 2 a vor § 535 BGB.; Mittelstein aaO. S. 74; Bacharach aaO. S. 261; Loebner aaO. S. 20, Pinner aaO. S. 65.

ließe [26]). Das sei eine Pflicht, die weit über den Rahmen eines gewöhnlichen Mietvertrages hinausgehe. Das ist jedoch nicht richtig. Es ist zwar zuzugeben, daß ein Mietvertrag im Normalfall eine derartige Verpflichtung für den Vermieter nicht erzeugt. Aber man muß dabei immer die besonderen Umstände des einzelnen Falles berücksichtigen. Mit Recht hat Oertmann [27]) darauf hingewiesen, daß auch bei der Vermietung großstädtischer Miethäuser, die durch einen Portier bewacht werden, ähnliche Sorgfalts- und Bewachungspflichten entstehen. Mag man sie auch als keine reinen Mietsvertragsverpflichtungen ansehen, so kommt man doch nicht umhin, sie zum mindesten als Nebenabreden zum Mietvertrag aufzufassen. Mit einem Verwahrungsvertrage haben sie jedenfalls nichts zu tun.

Ein anderer Einwand, den man gegen die vorstehenden Überlegungen erheben könnte, ist der, daß es ohne Bedeutung für die juristische Qualifikation des Vertrages sei, ob sich das Hineinlegen der Wertpapiere in das Schrankfach in Abwesenheit oder sogar ohne Wissen des Bankiers vollziehe oder nicht. So meint Ratzenhofer [28]), das sei nur ein Fall der heute nicht mehr seltenen Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen und der Durchführung einer Übergabe durch ein Werkzeug. Er vergleicht dabei das Schrankfach mit einem Verkaufsautomaten oder einem Briefkasten und meint, es sei das die gleiche Funktion, wie die eines Boten, der juristisch auch nichts anderes sei, als ein Sprach- oder Hörrohr, ein verlängerter Arm des Vertragsschließenden. Eine solche Ansicht ist aber unvereinbar mit dem Wesen der zu Grunde liegenden Vertragsbeziehungen. Es muß Ratzenhofer zwar zugegeben werden, daß eine Übergabe im Sinne des § 688 wie auch des § 929 BGB. nicht notwendig ein Tätigwerden des Besitzerwerbers erfordert [29]). Der Besitz kann ohne Wissen von dem Eintritt der tatsächlichen Gewalt und ohne jede eigentliche Besitzergreifungshandlung erworben werden, vorausgesetzt, daß der Wille des Erwerbers darauf gerichtet war, die Sachherrschaft über alle Dinge zu erwerben, die in einer bestimmten Art und Weise in seinen Machtbereich gelangen [30]). Dieser Wille zum Besitzerwerb mag beim Bankier vorhanden sein, trotzdem handelt es sich aber nicht um eine Übergabe [31]). Der Vergleich mit einem Verkaufsautomaten würde nur dann passen, wenn das Vertragsverhältnis ein gänzlich unpersönliches wäre, wenn es den Parteien also völlig gleichgültig wäre, mit wem sie in Vertragsbeziehungen ständen. Gerade das Gegenteil ist jedoch der Fall. Man kann den Schrankfachvertrag geradezu als ein Beispiel für ein auf dem gegenseitigen Vertrauen der Parteien aufgebautes Rechtsverhältnis an-

---

26) Düringer-Hachenburg aaO. S. 1099, vgl. dagegen vor allem Jacoby S. 45 f.; Hoeniger aaO. S. 157.

27) aaO. Anm. II, 2 a.

28) aaO. S. 364 § 4.

29) So auch Loebner aaO. S. 26, Hancke aaO. S. 389.

30) Wolff Sachenrecht § 10 III, O. Gierke aaO. § 115 II.

31) Eine weitere Bestätigung dafür, daß es sich hier nicht um eine Übergabe handelt, wird unten Seite 16 ff. bei der Behandlung der Besitzverhältnisse gegeben.

sehen[32]). Das Schrankfachgeschäft gehört nicht zu den eigentlichen Bankgeschäften im engeren Sinne. Es ist für die Banken keineswegs ein einträgliches Geschäft, sondern kostet sie meist mehr als der Mietzins — damit sei der rechtlichen Beurteilung noch nicht vorgegriffen — einbringt[33]). Daher werden Schrankfächer im allgemeinen nur mit Rücksicht auf die zu den Kunden bestehenden geschäftlichen Beziehungen und Verpflichtungen oder aber als Werbungsmittel eingerichtet und überlassen. Der Bankier wird also im Regelfalle ein Schrankfach nicht an einen ihm völlig Unbekannten vergeben[34]) — schon mit Rücksicht auf die „diskretionäre[35]) Natur des Geschäftes, die eine erhöhte Haftungsgefahr für den Bankier mit sich bringt. Weiß der Bankier doch in den allermeisten Fällen gar nicht, was der Kunde in das Fach eingelegt hat und ob sich überhaupt etwas in demselben befindet. Wie stark das Vertrauensverhältnis auf persönlicher Grundlage beruht, ergibt sich vor allem auch aus den besonderen Vorsichtsmaßregeln, die alle Banken für den Zutritt einer dritten Person zu der Stahlkammeranlage in ihren Bestimmungen zu treffen pflegen. Bestimmend dafür wird die Furcht vor unberechtigten Schadensersatzforderungen und dergl. sein, denen die Banken neuerdings durch eine vertragliche Beschränkung ihrer Haftsumme vorbeugen. Daß der Kunde durch Erteilung einer Vollmacht einem Dritten den Zutritt verschaffen kann, steht dem nicht entgegen. Es handelt sich dabei nicht um eine Übertragung des gesamten Mietrechtes, sondern nur um eine einzelne Befugnis des Kunden, zu der er obendrein durch die Vertragsbestimmungen ausdrücklich ermächtigt ist[36]). — Ganz anders jedoch bei dem Vertragsabschluß durch Vermittlung eines Verkaufsautomaten. Dabei fallen naturgemäß alle persönlichen Rücksichten und Beziehungen fort — der Verkäufer will sich durch den Automaten mit jedem einigen, der das entsprechende Entgelt zahlt, ohne Rücksicht darauf, ob er mit einer vertrauenswürdigen Person in Beziehung tritt oder nicht. Man mag dagegen einwenden, daß gerade dieses Vertrauensverhältnis doch *für* das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages und gegen die Annahme einer bloßen Raumgewährung spreche. Das ist aber nur bedingt richtig. Diese persönlichen Rücksichten und Beziehungen sind lediglich Voraussetzungen für den Abschluß des Vertrages, nicht Inhalt desselben. Das ist aber eine Erscheinung, die auch sehr häufig beim Abschluß von Mietverträgen zu beobachten ist — daraus Schlüsse auf die rechtliche Natur des Vertrages ziehen zu wollen, wäre verfehlt.

Schließlich ließe sich gegen die hier vertretene Auffassung noch vorbringen, daß es im Einzelfalle nicht darauf ankäme, ob der Bankier von den eingelegten Gegenständen Kenntnis habe oder nicht. In den vertrag-

---

32) Daher auch z. B. der vertragliche Ausschluß einer Untervermietung (vgl. Nr. 8 [S. 42] des Anhangs).

33) vgl. Opitz aaO. S. 278, Obst aaO. S. 335 siehe auch Gumprecht aaO. S. 158.

34) Das ist dem Verfasser wiederholt aus Bankkreisen bestätigt worden. So z. B. durch eine Auskunft der Commerz- und Privatbank Marburg.

35) Opitz aaO. S. 278, vergl. dazu auch Loebner S. 12.

36) So Kohls aaO. S. 71.

lichen Bestimmungen behielte sich der Bankier regelmäßig das Recht zur Einsichtnahme vor. Er wäre demnach jederzeit in der Lage, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, was in seinen Tresorfächern lagere. Aber auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Der Sinn dieses — allerdings in wohl allen Bestimmungen über die Überlassung von Schrankfächern vorkommenden Vorbehalts — ist nicht der, dem Bankier ein allgemeines Recht zur Einsichtnahme zu gewähren. Diese Bestimmung ist vielmehr nur eine Vorsichtsmaßregel, um dem Bankier nötigenfalls die Möglichkeit zu geben, gegen die Einlagerung von Gegenständen einzuschreiten, die durch ihre Natur, ihre Gefährlichkeit usw. von dem Schrankfachgeschäft ausgeschlossen sind. Wenn der Bankier im Einzelfall einmal von dieser Berechtigung Gebrauch machen sollte, so steht ihm dabei keineswegs die Befugnis zu, die Wertpapiere einzeln durchzusehen, die Höhe ihres Wertes festzustellen usw., sondern er darf sich lediglich davon überzeugen, daß nichts eingelegt worden ist, was die Sicherheit der Tresoranlagen gefährden könnte.

II. Damit dürfte der Nachweis erbracht sein, daß es sich beim Schrankfachvertrag nicht um einen Verwahrungsvertrag handeln kann. Wenn Düringer [37]) die hier abgelehnte Auffassung als die herrschende bezeichnet, so war das nicht einmal für die damalige Zeit zutreffend. Bei einer Abwägung der älteren Literatur kann man höchstens davon sprechen, daß die Annahme eines Verwahrungsvertrages annähernd gleich stark vertreten wurde wie gegenteilige Auffassungen. Im neueren Schrifttum zeigt sich aber unverkennbar eine ganz klare Ablehnung der Verwahrungstheorie. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß es sich beim Schrankfachvertrag um einen reinen Mietvertrag oder einen Mietvertrag mit Nebenleistungen handele [38]). Daneben findet sich auch die Meinung, es läge hier ein besonderer neuerer Vertragstyp, ein contractus sui generis [39]), oder aber ein aus Elementen mehreren Verträge gemischter Vertrag [40]) vor.

Daß die Fragestellung: Mietvertrag oder Verwahrungsvertrag immer wieder auftauchte, liegt an der Tatsache, daß auch mit der Aufbewahrung einer Sache regelmäßig eine gewisse Raumgewährung ver-

---

37) aaO. S. 66.

38) Brückner aaO. S. 251 ff., Oertmann II, 2 vor § 535, Heinrici aaO. S. 821; Mittelstein S. 73, Enneccerus-Lehmann § 126 II, 3; Staudinger-Kober, Bemerk. e) zu § 580, Cohn aaO. S. 244 ff.; Regelsberger aaO. S. 2 ff.; Schlotter aaO. S. 12; Staub Anm. 5 zu Anhang II zu § 224. RGR.Komm. Note 2 zu § 535; Jacoby S. 37 ff.; Focke S. 109; Hertel aaO. S. 53; Wimmer aaO. S. 37; Jaffé S. 871, Soergel § 580 Anm. 2, Pinner aaO. S. 65; Warneyer § 535 II.

Die Stellungnahme des Planck'schen Kommentars ist unklar. In Bemerkung 2 zu § 535 Entscheidung für Mietvertrag, in Bemerkung 3 a) zu § 688 Ablehnung des Mietvertrages und Annahme eines Verwahrungsvertrages.

39) So Loebner I S. 29; Korn aaO. S. 509.

40) Bacharach aaO. S. 294.; Wilutzky aaO. S. 294, Schreiber aaO. S. 150, Bondi aaO. S. 12; Hoeniger aaO. S. 163.

bunden ist[41]). Während aber bei der Miete die Gebrauchsüberlassung der vermieteten Sache den wesentlichen Vertragsinhalt bildet, erfordert die Verwahrung vor allem ein Aufbewahren, eine bewachende Tätigkeit. Wie schon oben nachgewiesen, ist eine solche Tätigkeit nicht — oder doch nicht hauptsächlich — Inhalt des Schrankfachvertrages. Sind aber die Voraussetzungen des Mietvertrages erfüllt? Das BGB. stellt im § 535 folgende wesentliche Voraussetzungen für den Mietvertrag auf:

1. Der Vermieter muß sich verpflichten, den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren,

2. der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu zahlen.

Das Vorliegen der letzten Voraussetzung darf unbedenklich bejaht werden. Der Kunde muß der Bank die vereinbarte Vergütung zahlen, ohne Rücksicht darauf, ob er von seinem Recht am Schrankfach Gebrauch macht oder nicht. Wenn Wettstein[42]) aus der Höhe des Mietzinses ein Argument gegen den Mietvertrag herleiten zu können glaubt und meint, bei dem geringen Umfang des Schrankfaches sei der Mietpreis wucherisch hoch, so kann dem nicht gefolgt werden. Wettstein übersieht, daß es sich hier nicht bloß um die Miete von „ein paar Kubikdezimetern Raum" handelt, sondern um die Miete eines mit den modernsten und kostspieligsten Mitteln der Technik gegen Einbruch und Feuersgefahr geschützten Raumes. Daß man den Preis für die Überlassung eines solchen Raumes nicht in Beziehung setzen darf zu dem Mietpreis eines unverhältnismäßig größeren Wohnraumes, liegt auf der Hand. Ein in hervorragender Geschäftslage befindliches baufälliges Haus wird — im Vergleich zu einem entsprechenden Haus in gewöhnlicher Lage — ebenfalls stets einen weit höheren Mietertrag ergeben, als unter normalen Voraussetzungen zu erwarten wäre. Niemandem fällt es jedoch ein, hier von Wucher zu reden. Es kommt eben nicht auf den Gegenstand als solchen an, sondern auf den Wert, der ihm von den Vertragsparteien im Einzelfall beigelegt wird. Der Bankkunde will aber nicht irgend einen beliebigen Raum, der der Größe nach zur Unterbringung seiner Wertpapiere geeignet ist, sondern gerade diesen Stahlschrank in den Tresorräumen der Bank, da nur dieser ihm für seine Zwecke passend erscheint.

Auch die zweite Voraussetzung des § 535 BGB. ist erfüllt. Der Bankier ist verpflichtet, dem Kunden den Gebrauch der Sache, d. h. hier die Benutzung des Schrankfaches zu gewähren[43]). Man könnte dagegen einwenden, eine Gebrauchsgewährung im Sinne des § 535 sei dann nicht denkbar, wenn der Kunde nur zu ganz bestimmten Zeiten — während der Geschäftsstunden — an das Schrankfach herankommen könne, zu jeder

41) Oertmann Vorbem. 6 zu § 688.

42) Wettstein aaO. S. 41.

43) Unbegründet ist es, wenn Loebner S. 12 meint, man könne das Vorliegen einer Gebrauchsgewährung vielleicht deshalb anzweifeln, weil der Bankier ja das Schrankfach dem Kunden nicht übergäbe. Daß § 535 auch die Gebrauchsgewährung ohne Übergabe umfaßt, ist selbstverständlich. Daß der Ausdruck „gewähren" auch ein Zulassen, ein Dulden umfaßt, dürfte kaum bestritten werden, vgl. Mittelstein § 38, 2, Staudinger zu § 536, Motive II S. 369.

anderen Tageszeit aber keinen Zutritt zu den Tresorräumen habe [44]). Eine solche Beschränkung der tatsächlichen Gebrauchsmöglichkeit ist jedoch mit dem Wesen der Miete keineswegs unvereinbar [45]). Es sind viele Fälle denkbar, in denen ein Mieter von vornherein mit in Kauf nimmt, daß er die gemietete Sache nicht jederzeit zur beliebigen und dauernden Verfügung hat. So weist Staudinger [46]) auf das Beispiel der Miete eines Gastzimmers für einen einzelnen Wochentag hin, Schlotter [47]) auf die Miete eines Raumes innerhalb einer abgeschlossenen Wohnung zum Unterstellen von Möbeln, wobei der Mieter nur Schlüssel zum vermieteten Raum erhält, nicht zu der Wohnung selbst. Ein anderer Fall wäre die Vermietung eines auf einem Fabrikhof befindlichen Pförtnerhauses als Verkaufsstand. Auch hier wird eine Gebrauchsmöglichkeit nur während der Arbeitszeit bestehen, so lange nämlich der Fabrikhof geöffnet ist. Diese Beispiele ließen sich noch beliebig vermehren. Außerdem muß man sich hüten, den Begriff der Gebrauchsgewährung hier zu eng zu fassen. Der Bankkunde macht nicht nur dann Gebrauch von seinem Fach, wenn er es öffnet, die eingelegten Wertpapiere herausnimmt, sie durchsieht, sie wieder einlegt und das Fach wieder schließt. Er gebraucht es dauernd dadurch, daß er es zur Aufbewahrung seiner Sachen benutzt, es unter seinem Verschluß hält und somit der Verwendung durch andere entzieht.

Auch der Mitverschluß der Bank steht der Annahme eines Mietvertrages nicht entgegen. Selbst Wilutzky [48]) und Korn [49]), die aus der Tatsache des Mitverschlusses Bedenken gegen das Vorliegen eines Mietvertrages herleiten zu müssen glauben, geben zu, daß eine derartige Beschränkung im Gebrauch keineswegs undenkbar sei — wenn sie auch etwas den regelmäßigen Verhältnissen Widersprechendes darstelle. Auch hier handelt es sich — ebenso wie bei der Begrenzung der Gebrauchszeit — um eine Einschränkung der tatsächlichen Gebrauchsmöglichkeit, eine Erschwerung der Zutrittsmöglichkeit, die vertragsmäßig vorgesehen und von den Parteien gebilligt ist. Aber auch ganz unabhängig von etwaigen vertraglichen Abmachungen spricht eine solche Modalität des Gebrauches nicht gegen einen Mietvertrag. Es ist nicht zutreffend, wenn Wilutzky sich darauf beruft, daß es ganz im guten Willen des Bankiers stehe, ob er dem Kunden den Zutritt gewähren wolle oder nicht. Das ist schließlich bei jedem Mietvertrag der Fall, bei dem der Mieter keinen eigenen Hausschlüssel hat, sondern auf das Aufschließen durch den Vermieter angewiesen ist. Eine tatsächliche Hinderungsmöglichkeit besteht in beiden Fällen. Daß dem Bankier dabei die „raffiniertesten menschlichen Erfindungen" zur Seite stehen, um dem Kunden den Eintritt zu verwehren, während der Wohnungsmieter vielleicht nur den Widerstand einer gewöhnlichen

44) So Wilutzky S. 295, Korn S. 507.

45) Oertmann § 535 Note 2, Brückner aaO. S. 252, Staudinger § 535 B II, 2 b), Planck § 535 Note 4, Jacoby aaO. S. 38, Cohn aaO. S. 245.

46) Zu § 535 B II, 2 b); vgl. die Beispiele in der Entsch. d. RG. Bankarchiv Jahrg. 1932 S. 413.

47) aaO. S. 125.

48) aaO. S. 295.

49) aaO. S. 508.

Haustür zu überwinden hat, kann für die rechtliche Beurteilung nicht ins Gewicht fallen. Man darf hierbei nicht einseitig auf die möglicherweise entstehenden tatsächlichen Verhältnisse abstellen, ohne die zu Grunde liegenden obligatorischen Vertragsbeziehungen gebührend zu berücksichtigen. — Endlich gilt auch hier das schon oben gesagte, daß nämlich ein Gebrauchen des Stahlfaches auch dann vorliegt, wenn der Kunde sich gar nicht im Tresorraum befindet, daß also selbst bei Verweigerung des Zutrittes noch immer der Kunde im Gebrauch des Faches bleibt [50]).

Die Feststellung, daß es sich beim Schrankfachvertrage um eine Gebrauchsgewährung im Sinne des § 535 handelt, genügt allein aber nicht, um den Vertrag zum Mietvertrag zu stempeln. Dazu bedarf es eines Nachweises, daß die Gebrauchsüberlassung den Schwerpunkt der gesamten vertraglichen Beziehungen darstellt, daß sie mithin den wesentlichen und hauptsächlichen Inhalt des Vertrages bildet. Es ist schon oben bei der Ablehnung der Verwahrungstheorie betont worden, daß das Bedürfnis nach Sicherheit den entscheidenden Beweggrund für den Kunden darstelle, daß diese Sicherung der in das Schrankfach gelegten Sachen aber nicht dadurch erreicht wird, daß sich der Bankier zu einer Verwahrung verpflichtet. Damit ist die Stellungnahme zu der Frage: Verwahrungs- oder Mietvertrag? schon vorgezeichnet. Nicht das Vertrauen in die Zuläßigkeit und Ehrlichkeit des Bankiers ist es in erster Linie, daß den Kunden zum Abschluß des Vertrages bewogen hat. Denn die allergrößte Sorgfalt und Zuverläßigkeit des Bankiers würde nicht ausreichen, um die Wertpapiere des Kunden so unterzubringen, wie er es erreichen will. Der wesentliche Inhalt und Zweck des Vertrages ist die Gewährung eines mit den modernsten Hilfsmitteln der Technik hergestellten, nach menschlichem Ermessen feuer- und einbruchsicheren Schrankes, denn nur durch solch eine Anlage glaubt der Kunde sein Bedürfnis nach Sicherheit befriedigen zu können [51]). Es ist zwar richtig, wenn gelegentlich behauptet wird [52]), keine noch so moderne Tresoranlage sei bei Fehlen einer ständigen Bewachung auf die Dauer völlig gegen Einbruchsgefahr geschützt. Selbstverständlich verbessern sich mit dem Fortschreiten der Technik nicht nur die Verteidigungs- sondern auch die Angriffswaffen. So wird jede neue Erfindung auf dem Gebiete des Tresorbaues zu erhöhten Anstrengungen der Verbrecherwelt führen, um neue Einbruchswerkzeuge herzustellen. Von einer absoluten Sicherheit der Stahlkammern kann also mit Fug und Recht nicht gesprochen werden. Eine solche ist aber auch auf keinem anderen Wege zu erreichen, auch nicht durch eine Bewachung. Daß dadurch die Sicherheit der gesamten Anlage beträchtlich erhöht werden kann, soll nicht in Abrede genommen werden. Man kann aber aus dieser Überlegung kein Argument gegen den Mietvertrag herleiten. Wenn der Kunde ein möglichst sicheres Stahlfach zur Aufbewahrung haben will,

---

50) vgl. dazu die Ausführungen Mittelsteins aaO. S. 75, der das Mitöffnen und Mitschließen durch den Bankier für untergeordnete Nebenverpflichtungen auf Grund der Miete hält.

51) übereinstimmend Enneccerus-Lehmann § 126 II 3, Regelsberger aaO. S. 3, Dorpalen S. 8, Heinrici aaO. S. 824.

52) vgl. Loebner S. 16.

so ist es ihm völlig gleichgültig, wodurch der Bankier diese gewünschte Sicherheit erreicht — ob durch Verdoppelung der Stahlwände, ob durch Einbau neuester Alarmgeräte oder durch schärfere Bewachung. Es ist ihm nach wie vor um eine Eigenschaft der Tresoranlage, nämlich um eben diese erforderliche Sicherheit zu tun. Nun ist zwar nicht die ganze Tresoranlage, sondern nur ein Schrankfach vermietet, aber das einzelne Fach erlangt die erforderliche Sicherheit nur dadurch, daß es Teil der Tresoranlage ist. Daß eine solche bewachende Tätigkeit, ganz abgesehen von der Parteiabsicht, auch objektiv mit dem Wesen eines Mietvertrages vereinbar ist, wurde schon nachgewiesen. Es ergibt sich das auch aus dem Wortlaut des § 536 BGB., nach dem der Vermieter verpflichtet ist, die vermietete Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten. Daß dazu unter Umständen auch eine bewachende Tätigkeit gehören kann, dürfte keinem Bedenken begegnen[53]). Loebner meint zwar[54]), die Bewachungspflicht des Bankiers sei keineswegs nur graduell anders als auch sonst bei der Miete, sie werde hier zur Hauptverpflichtung des Vertrages. Er bleibt aber einen Nachweis dafür schuldig. Wenn er sich auf die Wettsteinsche Behauptung[55]) beruft, daß nicht Gewährung eines Raumes, sondern Gewährung von Sicherheit von dem Bankier gefordert würde, so steht das nicht im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht. Der Kernpunkt der Fragestellung liegt aber darin, auf welchem Wege der Kunde diese Sicherheit zu verwirklichen sucht. Das kann man aber nicht mit der Erwägung abtun, ein Schrankfach stelle kein unüberwindliches Hindernis für Diebe dar, falls diese nur erst einmal unbeobachtet herangekommen seien; deshalb sei eben die Bewachung das maßgebliche. Daß diese Überlegung weder den tatsächlichen Verhältnissen noch auch der Parteiabsicht entspricht, dürfte durch die bisherigen Ausführungen nachgewiesen sein.

Schließlich ist gegen die Annahme eines Mietvertrages noch vorgebracht worden[56]), daß die Vertragspflichten, die sich für den Bankier im Falle einer völligen Zerstörung der Tresoranlage ergeben würden, mit dem Wesen eines Mietvertrages nicht in Einklang zu bringen seien. Der Bankier sei in einem solchen Falle verpflichtet, für die Rettung und Sicherstellung der in den Schrankfächern lagernden Gegenstände zu sorgen, sie also in seine Obhut zu nehmen. Das sei aber eine Verwahrer- keine Vermieterpflicht. Dagegen ist einzuwenden, daß die Vertreter dieser Meinung keinerlei Beweis dafür erbringen, daß eine solche Pflicht des Bankiers tatsächlich besteht[57]). Aber selbst wenn man sie bejaht — sei es durch Annahme einer stillschweigend geschlossenen Parteivereinbarung[58]),

53) vgl. das Beispiel Oertmanns Anm. II, 2 a vor § 535: Bewachung großstädtischer Mietshäuser, siehe auch RG. Entsch. 103 S. 141.

54) aaO. S. 16, wohl im Gegensatz zu Oertmann, der in dem erwähnten Beispiele sagt, die Bewachungspflicht des Bankiers sei höchstens gradmäßig anders, als es auch bei gewöhnlichen Mietverträgen denkbar sei.

55) aaO. S. 40.

56) Bondi aaO. S. 11, Gumbel aaO. S. 7, Cosack Handelsrecht 5. Aufl. § 100 Note 11, Enneccerus-Lehmann § 126 II, 3.

57) dagegen z. B. Jacoby S. 58.

58) so Loebner S. 37.

sei es auf Grund von allgemeinen Billigkeitserwägungen — so ist damit noch nichts über den zu Grunde liegenden Vertragstyp gesagt. Daß eine sich äußerlich als Verwahrung darstellende Vertragsverpflichtung die rechtliche Folge der verschiedensten Vertragsarten sein kann, ist schon in den Motiven betont [59]). So kommt eine Verwahrung als Nebenleistung bei jedem Sachüberlassungsvertrag vor- bei Werk-, Dienst- und auch Mietverträgen [60]), ohne daß dabei die Regeln des Verwahrungsvertrages Anwendung finden müßten. Man muß also — entgegen Gumbel — daran festhalten, daß die von ihm herangezogene Obhutspflicht des Bankier sehr wohl mit einem zu Grunde liegenden Mietvertrag vereinbar ist [61]). Treffend weist Hoeniger darauf hin [62]), daß man bei Billigung der Gumbelschen Ansicht zu dem unsinnigen Ergebnis kommen würde, daß die große Mehrzahl aller Verträge, die sonst ohne Streit unter andere Vertragstypen subsummiert werden, eigentlich der Kategorie der Verwahrung unterstellt werden müßten.

Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen darf damit in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Lehre festgestellt werden, daß der Schrankfachvertrag rechtlich ein Mietvertrag ist — allerdings mit der Besonderheit, daß der Vermieter daneben zu einer besonderen Sorgfaltspflicht und einer bewachenden Tätigkeit verpflichtet ist. Strittig bleibt allerdings nach wie vor das Verhältnis, in dem diese besonderen Verpflichtungen zu der eigentlichen Vermieterpflicht, der Überlassung des gemieteten Schrankfaches stehen — ob man sie als „Nebenleistung“ [63]) bezeichnen und ihnen damit eine gewisse selbständige aber doch untergeordnete Bedeutung zuerkennen will, oder ob man sie als einen Ausfluß der Vermieterpflicht schlechthin betrachten will. Darin liegt aber nicht eigentlich eine rechtlich verschiedenartige Beurteilung, sondern nur ein gradmäßiger Unterschied bei der Abwägung der Bedeutung dieser Leistungen. Anders die Verfechter eines besonderen Vertragstyps — eines contractus sui generis [64]) — oder eines aus Elementen des Miet-, Verwahrungs- oder Dienstvertrages gemischten Vertrages. Danach liegt entweder ein ganz neuer Vertrag vor, der sich unter keine der im BGB. geregelten Typen unterordnen läßt, oder aber ein Vertrag, in dem gleichwertig oder doch mit selbständiger Bedeutung Elemente mehrerer Verträge enthalten sind. Da, wie oben gezeigt wurde, die Bewachungspflicht Ausfluß des Mietvertrages ist, entfällt die Möglichkeit, einen aus Elementen des Verwahrungs- und Mietvertrages gemischten Vertrag anzunehmen. Entsprechendes gilt für die Tätigkeit des Bankiers bei der

---

59) Motive II S. 570.

60) Jung aaO. § 208, vgl. Hoeniger aaO. S. 96 und S. 159., Crome § 275, 3.

61) vgl. das Beispiel Hoeniger S. 102 und S. 159: In Abwesenheit des Mieters ist durch Rohrbruch ein Wasserschaden entstanden. Zur Beseitigung muß eine Mauer aufgerissen werden, so daß die Sachen des Mieters nicht mehr genügend gesichert sind. Der Vermieter ist dann aus dem Mietvertrag — ex bona fide — verpflichtet, die Sachen einstweilen zu verwahren.

62) aaO. S. 159.

63) So z. B. Oertmann, Vorbem. 6 zu § 535.

64) Loebner aaO. S. 29, Korn S. 509.

Zutrittgewährung zur Stahlkammer und beim Aufschließen des Faches, die, für sich betrachtet, Dienstleistungen darstellen, aber ebenfalls — wie sich bei einem Vergleich mit der Tätigkeit eines Wohnungsvermieters ergibt — Nebenleistungen aus dem Mietvertrage sind.

Ein Bedürfnis, den Vertrag als contractur sui generis zu kennzeichnen, kann nicht anerkannt werden, weil — wie nachgewiesen — die Auffassung als reiner Mietvertrag seinem Wesen und Inhalte gerecht wird.

III. Die hier vertretene Auffassung findet eine überzeugende Bestätigung in der neusten Entwicklung der Rechtsprechung. Während das Reichsgericht sich bislang über die Rechtsnatur des Schrankfachvertrages nicht klar geäußert hat, aber schon immer der Annahme eines Mietvertrages zuzuneigen schien[65]), stellt es sich mit dem Urteil vom 16. Mai 1933 (III. 50. 33)[66]) auf dessen Entscheidungsgründe hier verwiesen werden muß, ganz eindeutig auf den Boden der Miettheorie (auf dem die übrigen Gerichte schon vorher standen)[67]). Auch das Reichsgericht betont, daß die besonderen Bewachungs- und Sorgfaltsverpflichtungen des Bankiers Ausfluß des Mietvertrages seien und sich von anderen Vermieterpflichten nur gradmäßig unterschieden. — Damit dürfte der lange Kampf um die Rechtsnatur des Schrankfachvertrages endgültig und eindeutig zu Gunsten der Miettheorie entschieden sein — ein Ergebnis, das sowohl vom dogmatischen als auch vom praktischen Standpunkte zu begrüßen ist.

Daß sich mit diesem Ergebnis auch die Ansicht der Praxis deckt, ergab eine Umfrage bei den verschiedenen Deutschen Banken[68]). Die Banken stehen auch ganz bewußt auf dem Boden der Miettheorie und betonen das in ihren Geschäftsbestimmungen immer wieder. Wenn man

65) vgl. RG. in JW. 1895 S. 399., ERG. 77 S. 336 und 94 S. 74.

65) vgl. RG. in JW. 1895 S. 399, ERG. 77 S. 336 und 94 S. 74.
im Recht 1933, Sp. 514 Nr. 579 und JW. 1933. S. 2138. In dem Urteil heißt es u. a.: die Klägerin (Bank) übernimmt weder in Bezug auf den einzelnen Gegenstand in dem Fach noch die Gesamtheit der Gegenstände irgendwelche persönliche Verwahrungs- oder Sorgfaltspflicht. Sie stellt vielmehr nur die Fächer . . . zur Verfügung . . . Nicht widerstreitet es der Miete, daß die Klägerin den Mitverschluß an dem Fache hat . . . Ist der vertragsmäßige Gebrauch nur ein beschränkter . . ., so entfällt damit keineswegs der Begriff der Miete . . . Die Bewachung und Sicherung sowie der Verschluß der Stahlkammer gehört ebenfalls zu dem besonders gearteten Mietvertrag . . . Zu diesem (vertragsmäßigen!) Zustand gehört die besondere Sicherung, Bewachung usw. Diese Verpflichtung unterscheidet sich nur dem Grade aber nicht der Art nach von der Verpflichtung des Vermieters einer Wohnung in einem großen Mietshaus. Die zeitlich beschränkte Zugänglichkeit und die sonstigen Erschwerungen des Zuganges zu der Stahlkammer stehen der Annahme eines Mietvertrages ebenfalls nicht entgegen.

67) vgl. Landgericht Berlin in: Blätter für Rechtspflege 1895. Nr. 6; 1919 S. 26; OLG. Celle in JW. 1927 S. 73.

68) z. B. Deutsche Bank und Diskonto Gesellschaft: „Wir halten den Vertrag, durch den wir ein Stahlfach einem Kunden gegen eine Gebühr überlassen, für einen reinen Mietvertrag.“ Entsprechend Kommerz- und Privatbank, Dresdener Bank, Marburger Bank.

einwendet [69]), die Banken faßten den Schrankvertrag nicht als Mietvertrag auf, da sie sich meist ausdrücklich ein vertragliches Pfandrecht vorbehielten, was mit Rücksicht auf das gesetzliche Vermieterpfandrecht unnötig sein würde, so ist das nicht richtig. Es ist noch unten zu zeigen, daß trotz Unterordnung des Schrankfachvertrages unter den Mietvertrag die Bestimmungen über das Vermieterpfandrecht nicht anwendbar sind, sondern durch vertragliche Abmachungen abgedungen sind.

Die Prophezeiung Wettstein's [70]), nach der in Zukunft auch die Deutschen Banken in ihren Formularen nur noch von Verwahrung bezw. Depot sprechen würden, ist also nicht in Erfüllung gegangen. Die früher teilweise bestehenden Unklarheiten sind vielmehr eindeutig im Sinne der hier vertretenen Auffassung entschieden.

Zusammenfassend sei noch einmal betont: Der Schrankfachvertrag ist ein besonders gearteter Mietvertrag, der dadurch gekennzeichnet wird, daß er den Vermieter neben der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung noch zu Leistungen verpflichtet, die zwar äußerlich als custodia-Pflichten oder Dienstleistungen erscheinen, sachlich aber nichts anderes sind, als Nebenverpflichtungen aus dem Mietvertrage.

§ 3. Die Besitzverhältnisse.

I. Der Besitz am Schrankfachinhalt.

Die Besitzfrage beim Schrankfachvertrag ist ebenso lebhaft umstritten, wie die der rechtlichen Natur des Vertrages [71]). Da der Besitz am Fachinhalt nicht notwendig zusammenfallen muß mit dem Besitz am gemieteten Schrankfach selbst, so bedarf es von vornherein einer scharfen Trennung.

---

69) Bacharach aaO. S. 259.

70) aaO. S. 49.

71) a) Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, die Bank habe den Alleinbesitz an den eingelegten Gegenständen, so z. B. Wettstein aaO. S. 33 ff. Mit Unrecht bezeichnet Düringer-Hachenburg aaO. Anm. 37 auch Brückner als Vertreter dieser Ansicht. Vgl. dagegen Brückner aaO. S. 252 „der Mitverschluß ist nur zum Zwecke der Kontrolle, nicht zum Zwecke des Mitbesitzes eingeführt, welcher letztere dem Bankhaus nicht zusteht".

b) Für Alleinbesitz des Kunden: Staudinger Note 1 a δ zu § 866. Planck Note 8 zu § 866 und Note 1 a $_{\alpha}$ zu § 1206, Warneyer Note 74 zu § 535, Regelsberger aaO. S. 2 ff., Opitz in Bankarchiv Bd. 28 S. 277 ff., Focke aaO. S. 252, Korn S. 505, OLG. Celle in JW. 1927 S. 73., Rosenberg aaO. S. 19 Anm. I, 1, Seuffert-Walsmann § 857 Anm. 1 k, aber für Mitbesitz bezügl. des Faches selbst, Kohls S. 50 aaO. bis 53, Heinrici aaO. S. 832, Wilutzky aaO. S. 294 ff.; Heinrici und Wilutzky nehmen dabei mittelbaren Besitz der Bank an Fach und Inhalt an. Zweifelnd Lafrenz aaO. S. 159, der sich aber auch für den Alleinbesitz des Kunden zu entscheiden scheint.

c) Für Mitbesitz des Kunden und der Bank: Düringer aaO. S. 68, Staub-Pinner N. 6 zu Anhang II zu § 424, Hancke aaO. S. 389, Bondi aaO. S. 12, Bacharach aaO. S. 260, Kohler aaO. S. 680, Dernburg-Raape § 351 IV, Martin Wolff aaO. Jh. Jahrb. 44 S. 150, derselbe in Ehrenbergs Hd. Buch § 6 IV und in Sachenrecht § 9 II, 2. Pinner aaO. S. 65 ff., Crome III, S. 79, Riesser S. 48, N. 4 c.

Jedenfalls ist es — schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 868 BGB. — verfehlt, wenn vielfach auf eine solche Unterscheidung verzichtet wird [72]), lediglich mit der Begründung, der Besitz am Fach schließe notwendig auch den Besitz am Inhalt in sich.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine eigentliche Begriffsbestimmung für den Besitz, sondern sagt nur, wodurch der Besitz erlangt und verloren wird: Der Besitz an der Sache wird nach § 854 Abs. 1 durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben, nach § 856 Abs. 1 dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert. Eine Entscheidung darüber, wer Besitz am Schrankfach und dessen Inhalt hat, ist somit abhängig von der Auslegung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt. Daß die Bank die tatsächliche Gewalt über das Bankgebäude und die Tresoranlagen hat, dürfte kaum zu bestreiten sein. An den einzelnen Schrankfächern ist aber, selbst wenn man sie als wesentliche Bestandteile des Gebäudes auffaßt, eine gesonderte Herrschaft und damit eine gesonderte tatsächliche Gewalt möglich [73]). Das ergibt sich aus § 865, wonach den Besitzschutz auch der genießt, der nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume besitzt.

Man darf den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht zu eng auslgen [74]). Wettstein, der die Bank für die Alleinbesitzerin sowohl des Schrankfaches als auch des Inhaltes ansieht, faßt die tatsächliche Gewalt als die körperliche Möglichkeit auf, jederzeit und in jeder Weise auf die Sache einwirken zu können. Wenn die Bank sich auch verpflichte, ihre Verfügungen in gewisser Weise nicht zu gebrauchen, so sei das doch unerheblich. Maßgeblich sei das „Können". Das „Dürfen" spiele bei der tatsächlichen Gewalt als solcher keine Rolle. Es komme immer auf die durch das räumliche Verhältnis bestimmte Sachherrschaft an, die sei aber auch vorhanden, wenn die Sachen hinter eisernen Schrankfachtüren sich befänden [75]). Diese Überlegungen sind aber nicht zutreffend. Wettstein geht dabei von der gemeinrechtlichen Vorstellung aus, die tatsächliche Gewalt sei ein Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden könne. Diese von Savigny [76]) stammende und in der Folgezeit viel vertretene Ansicht über das Wesen der tatsächlichen Gewalt wird ihrem Inhalte nicht gerecht. Die Möglichkeit, andere von einer Einwirkung jederzeit auszuschließen, ist nicht erforderlich. Man kann die tatsächliche Gewalt über eine Sache haben, ohne auf die Dauer verhindern zu können, daß sie durch irgendwelche Angriffe beschädigt oder weg-

72) Gumbel aaO. S. 24, Wettstein aaO. S. 35, Wimmer aaO. S. 13, Loebner aaO. S. 64, Cohn aaO. S. 240.
73) vgl. Wolff: Sachenrecht § 5 II.
74) vgl. Jung aaO. S. 924, Wolff: Sachenrecht § 5, Rosenberg aaO. S. 19 ff.
75) Wettstein aaO. S. 36 ff.
76) aaO. S. 26, S. 210, S. 238: „Es muß die Möglichkeit auf die Sache nach Willkür zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können.

genommen wird. Solange aber kein Angriff erfolgt, besitzt man, ohne Rücksicht darauf, ob man fähig ist, zukünftige Angriffe abzuwehren, oder nicht [77]). Mit Recht weist Rosenberg darauf hin [87]), daß die Besitzentziehungsklage gerade voraussetze, daß andere stärker waren, als der Besitzer; solange aber der Stärkere die Sache nicht in seine Gewalt bekommt, verbleibt der Besitz — die tatsächliche Gewalt — beim rechtmäßigen Besitzer. — Auch die Möglichkeit, jederzeit beliebig auf die Sache einzuwirken, ist zur Innehabung der tatsächlichen Gewalt nicht nötig. Der Bauer, der in der weit entfernten Gemarkung der Nachbargemeinde ein Grundstück hat, hat diese Möglichkeit nicht, wohl aber die durch keine räumliche Entfernnug gehinderten Bauern im Nachbardorf. Trotzdem bleibt er Inhaber der tatsächlichen Gewalt. — Man erkennt daran, daß die tatsächliche Gewalt keineswegs immer eine unmittelbare körperliche Herrschaft über die Sache erfordert. Nötig ist vielmehr, daß ein Zustand vorhanden ist, der von der Verkehrsanschauung als Sachherrschaft angesehen und anerkannt wird. Wann das der Fall ist, wird sich nur von Fall zu Fall entscheiden lassen. Für den Besitzbegriff des BGB. gilt das gleiche, was Goldschmidt [79]) schon für das römische Recht nachgewiesen hat, daß Besitz in der Hauptsache allerdings tatsächliche Gewalt (Macht, Herrschaft) ist, aber nicht diejenige, welche der einzelne haben will oder zu haben vermeint, sondern ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint. Nach Jung [80]) ist Besitz diejenige Lage einer Sache, aus der ihre Zugehörigkeit zum Herrschaftskreise eines bestimmten Rechtsträgers für jeden Außenstehenden deutlich wird. Wolff [81]) definiert den Begriff der Sachherrschaft als das, was nach dem gemeinen Bewußtsein als Sachherrschaft erscheint, wobei die Lebensanschauung stets eine gewisse Festigkeit der Beziehung, keine bloß flüchtige Sachberührung erfordere. — Allen diesen Begriffsbestimmungen ist gemeinsam, daß sie sich von einer wörtlichen Auslegung des § 854 abwenden und eine gelockerte, vergeistigte Beziehung des Besitzers zu der Sache genügen lassen [82]). Maßgeblich ist nicht das räumliche Verhältnis, in dem man zu einer Sache steht, sondern die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Beziehungen zu ihr (wobei zu beachten ist, daß es dabei nicht auf die tatsächliche Rechtslage ankommt, sondern auf das, was nach außen als rechtliche Herrschaft erscheint und anerkannt wird) [83]). Der Besitz ist somit ein sozialer Begriff [84]), abhängig von gesellschaftlichen Vorstellungen und Anschauungen und ihrem Wechsel unterworfen, aber nicht bestimmt durch eine physikalische Auslegung des Begriffs der körperlichen Gewalt.

---

77) Wolff: Sachenrecht § 5 III. Dagegen auch schon Windscheid § 153 Note 4.
78) aaO. S. 19.
79) aaO. S. 78.
80) Jung aaO. S. 926.
81) Sachenrecht § 5 III.
82) vgl. dazu die Ausführungen bei Staudinger-Kober zu § 854 I, 1.
83) Wolff: Sachenrecht § 5 III, 4 b.
84) Jung aaO. S. 926, Kober-Staudinger § 854 I, 1.

Wenn man von der so gewonnenen Begriffsbestimmung ausgeht, ergibt sich deutlich die Unhaltbarkeit der Wettstein'schen Darstellung. Selbstverständlich hat — rein technisch betrachtet — die Bank jederzeit die Möglichkeit, auf die Stahlschränke und damit auf deren Inhalt einzuwirken, sie kann dem Kunden den Zutritt verweigern, die Tresoranlagen sperren, die Schränke entfernen oder sie sogar aufsprengen lassen. Damit greift sie aber widerrechtlich in die Rechtssphäre des Kunden ein und verletzt einen von den Parteien geschaffenen tatsächlichen Zustand, auf Grund dessen der Kunde das Recht zu jederzeitigem Zutritt zu seinen eingelegten Sachen hatte. Sie begeht damit verbotene Eigenmacht und unterliegt den Besitzschutzansprüchen der §§ 858 ff. Auch hier mag wieder an das Beispiel des Mieters erinnert werden, dem der Vermieter ebenfalls jederzeit den Zutritt zu der gemieteten Bodenkammer verweigern kann. Trotzdem ist der Mieter Besitzer der in dem Raume abgestellten Möbeln. Er würde den Besitzschutz genießen, wenn der Vermieter ihm mit Gewalt den Zutritt zu seinen Möbeln und damit die Ausübung seines Besitzrechtes unmöglich machen wollte. Ebenso beim Schrankfach. Die Bank hat sich durch den mit dem Kunden abgeschlossenen Mietvertrag verpflichtet, ihm jederzeit, d. h. zu den üblichen Geschäftsstunden[85]), den Zutritt zu dem Fach zu ermöglichen. Wenn der Kunde zur Geschäftszeit und nach Nennung des Paßwortes oder Vorzeigen der Legitimationskarte sein Schrankfach öffnen will, so ist der Aufsichtsbeamte der Bank verpflichtet, beim Aufschließen mitzuwirken. Dieser vertraglich geschaffene Zustand ist jedoch für die Beurteilung der tatsächlichen Gewalt maßgebend[86]), nicht die technische Möglichkeit, dem Kunden durch Vertragsverletzung den Zutritt zu verwehren. Wer erst durch einen Gewaltakt die tatsächliche Sachherrschaft erlangt, ist kein Besitzer[87]).

Die Bank ist also nicht Alleinbesitzerin des Fachinhaltes. Hat sie aber vielleicht Mitbesitz zusammen mit dem Kunden? Diese vielfach vertretene Ansicht[88]) — von Wolff und Düringer-Hachenburg als die herrschende bezeichnet, wird meist aus der technischen Konstruktion des Schrankfaches begründet[89]). Man weist darauf hin, daß doch Bankier und Kunde verschiedenartige Schlüssel besäßen, so daß jeder auf die Mitwirkung des anderen angewiesen sei und allein nicht an das Fach und

---

85) Daß der Kunde nur während der Geschäftsstunden an das Fach heran kann, steht der Annahme eines Besitzverhältnisses nicht entgegen. Darin liegt allenfalls eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung der Gewaltausübung im Sinne des § 856 Abs. II.

86) vgl. Planck § 1206 Anm. 1a, 1, so auch Focke aaO. S. 110. a. A. Cohn aaO. S. 241, der allein die obligatorische Gebundenheit der Bank betont. Ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung im Vergleich zu dem Gewaltverhältnis des Kunden werde dadurch nicht geschaffen.

87) vgl. Heinrici aaO. S. 826. Jaffé S. 144. Mit Recht betont Regelsberger aaO. S. 4, daß die körperliche Möglichkeit, sich einer fremden Sache zu bemächtigen, so häufig vorliege, daß man den Besitz aus den Einrichtungen des prakt. Lebens streichen müßte, wenn nur Mauer und Schloß seinen Schutz bildeten.

88) vgl. die Note 71 c auf S. 16.

dessen Inhalt herankönnte. Loebner[90]) meint, nach dem normalen Verlauf der Dinge (d. h. also nach dem vertraglich geschaffenen Zustand) könnten beide, auch der Kunde, bis an das Fach gelangen; auf dieses selbst könne aber keiner von beiden ohne Gewalt irgendwie einwirken. Die Mitwirkung beim Öffnen sei eine völlig gleichartige und gleichwertige, daher sei die Ausübung der tatsächlichen Gewalt nur beiden gemeinsam möglich. — Mit diesen Ausführungen begibt sich Loebner aber in das Fahrwasser Wettstein's. Denn auch seine Ansicht beruht auf einer falschen Einschätzung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt und einer Überbewertung der Bedeutung des Mitverschlusses. Mitverschluß kann zwar Mitbesitz begründen, doch braucht das keineswegs immer der Fall zu sein[91]). Daß es einen Mitverschluß ohne Mitbesitz gibt, geht aus dem Wortlaute des § 106 BGB. hervor, nach dem bei der Verpfändung einer Sache an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes genügt, wenn sich die Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet. Diese Vorschrift wäre unverständlich, wenn jeder Mitverschluß notwendig Mitbesitz zur Folge hätte.

Man hat weiter die Annahme eines zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Mitbesitzverhältnisses mit Erwägungen allgemeiner Art zu begründen versucht. So meint Lehmann bei Düringer-Hachenburg[92]), das Schrankfach befinde sich doch immerhin in der Stahlkammer, an der die Bank zweifellos Besitz habe, weil sie Teil des Bankgebäudes sei. Daher spräche die natürliche Auffassung der Bank und dem Kunden den Mitbesitz zu. — Daß bei der Besonderheit des hier vorliegenden Vertragsverhältnisses und der Eigenart des Verschlusses mit solchen allgemein gehaltenen Überlegungen nicht viel gedient ist, liegt auf der Hand — ganz abgesehen davon, daß es gar nicht „zweifellos" ist, ob der Besitz am einzelnen Schrankfach zusammenfällt mit dem Besitz an der gesamten Stahlkammer. — Ähnliche Gedankengänge finden sich auch bei Gumbel[93]). Gumbel geht von dem — vor der Vermietung — zunächst ohne Zweifel bestehenden Alleinbesitz der Bank am Fach aus und meint, durch den Überlassungsvertrag gebe die Bank zwar den Alleinbesitz auf, behielte aber durch den Mitverschluß einen Teil der Sachherrschaft für sich zurück. Die Schwäche dieser Argumentation scheint Gumbel selbst zu empfinden. Er meint, man dürfe dem nicht entgegenhalten, daß auch ein Zimmermieter, der keinen eigenen Schlüssel zur Wohnungstür habe, in einem ähnlichen Verhältnis zu dem aufschließenden Vermieter stehe. Das könne man nur dann einwenden, wenn die Bank sich den Mitverschluß nicht vorbehalten hätte, sondern nur die Tür zu der Stahlkammer — ähnlich wie ein Portier — zu öffnen hätte, während der Kunde sein Schrankfach allein aufschlösse. — Daß diese Form des Ver-

89) so ausdrücklich Cohn aaO. S. 240: der Mitbesitz des Kunden und der Bank wird durch den Mitverschluß begründet. Vgl. Loebner I S. 60, II S. 87.
90) aaO. S. 60.
91) vgl. die Beispiele bei Planck zu § 866.
92) aaO. Anhang zu § 424 Anm. 37.
93) aaO. S. 26, ihm folgend Bacharach aaO. S. 296.

schlusses zwar nicht die Regel bildet, aber immerhin denkbar ist und auch tatsächlich vorkommt [94]), scheint Gumbel nicht beachtet zu haben [95]), und entkräftet damit selbst seine Beweisführung. — Auch Hancke [96]) vermeidet nicht den Fehler, die tatsächliche Gewalt als einen physikalischen Begriff aufzufassen. Er wägt die Machtverhältnisse des Bankiers und des Kunden ab und spricht beiden Mitbesitz zu, weil der Bankier die eingelegten Effekten des Kunden mit der ganzen Last seiner Tresortüren beherrsche und sie deshalb mindestens so unmittelbar besitze, wie der Kunde, der mit seinem winzigen Nebenschlüssel mehr eine rechtliche als eine tatsächliche Verfügungsgewalt habe. — Gerade auf diese rechtliche Verfügungsgewalt kommt es aber an — und das übersieht Hancke — denn sie schafft nach der Anschauung des Verkehrs und der beteiligten Vertragsparteien einen als Sachherrschaft anerkannten Zustand, der den Kunden auch zu tatsächlichen Verfügungen über die eingelegten Sachen ermächtigt. Allerdings ist das eine andere Verfügungsgewalt als die von Hancke so bezeichnete, in Wahrheit nichts anderes als die Möglichkeit gewaltsamer Aneignung darstellende Verfügungsmacht.

Man sieht, daß man die Frage des Besitzverhältnisses nicht durch Abwägung äußerer Tatumstände lösen kann. Um den Einfluß des Mitverschlusses auf die Besitzverhältnisse richtig würdigen zu können, muß man auf die Bedeutung und den Zweck zurückgreifen, den die Parteien selbst ihm beilegen [97]). Soll der Mitverschluß — wie vielfach angenommen wird — einen derart bestimmenden Einfluß auf das Besitzverhältnis ausüben, daß er gleichzeitig die Bank zur Mitbesitzerin macht, oder dient er nur Kontroll- und Sicherheitszwecken, ist er also aus praktischen Erwägungen heraus geschaffen? [98]) Die Frage muß im letzteren Sinne entschieden werden. Zunächst ist die durch den Mitverschluß geschaffene Sachlage keineswegs so, daß die Machtmittel, wie Hancke und Loebner meinen, gleichmäßig auf die Vertragsparteien verteilt wären. Kunde und Bank haben vielmehr eine grundsätzlich verschiedene Machtposition. Das ergibt sich aus dem Inhalt des Vertrages. Der Kunde kann, wie zur Genüge festgestellt ist, zu der Geschäftszeit nach Belieben von dem Fach Gebrauch machen, ohne daß die Bank befugt wäre, ihre Mitwirkung zu verweigern. Umgekehrt ist die Bank aber nicht berechtigt, eine solche Mitwirkung vom Kunden zu verlangen [99]). Daß es sich dabei um rein obli-

---

94) vgl. Loebner II. S. 86, Jaffé I S. 144, II Sp. 871.

95) Allerdings scheint sich diese Form des Mitverschlusses in Deutschland erst nach dem Erscheinen der Gumbel'schen Abhandlung entwickelt zu haben. Daß der Alleinverschluß in Frankreich schon vorher üblich war, darüber vgl. die Bemerk. von Wolff in ZHR. 58 S. 349.

96) aaO. S. 389.

97) Eine treffende Charakterisierung der Bedeutung des Mitverschlusses findet sich bei Focke aaO. S. 110, der den Ausdruck Kontrollverschluß oder Schutzverschluß vorschlägt.

98) vgl. dazu die Ausführungen bei Planck § 1206 Note 1a δ über die Bedeutung des Parteiwillens und der daraus folgenden tatsächlichen Handhabung des Verschlusses. a. A. z. B. Wimmer S. 19.

99) So Müller-Erzbach aaO. Kap. 173 B, Heinrici aaO. S. 831, Dorpalen aaO. S. 11, Korn aaO. S. 505.

gatorische Beziehungen zwischen den Parteien handelt, ist unerheblich. Entscheidend ist die tatsächliche Lage, die dadurch geschaffen ist, denn nur sie bestimmt darüber, in wessen Herrschaftskreis sich die Sachen befinden. Die Mitwirkung der Bank beim Schließen und Öffnen erfolgt hier, wenn auf der Seite des Kunden alle Bedingungen für den Zutritt erfüllt sind, gewissermaßen automatisch[100]. Der Kunde kann beim normalen Verlauf der Dinge — und nur normale Verhältnisse kommen für die Beurteilung des Besitzerwerbes oder Verlustes in Frage — fest damit rechnen, daß ihm die Bank keinerlei Schwierigkeiten bereiten wird, an seine Sachen zu gelangen. Der Tatsache des Mitverschlusses durch die Bank wird im Verkehr auch keineswegs die Bedeutung einer Mitherrschaftsmöglichkeit zuerkannt. Bei normalem Verlauf der Vertragsbeziehungen hat die Bank ja auch keinerlei Verfügungsrecht noch -Macht über die eingebrachten Sachen des Kunden. — Man hat dem entgegengehalten[101], daß die Bank in einzelnen Fällen ebenfalls berechtigt sei, die Mitwirkung des Kunden zu verlangen, so zur Ausübung des Kontrollrechtes oder bei Beendigung des Mietrechtes, und daß ferner der Kunde in jedem einzelnen Falle die tatsächliche Mitgewalt der Bank anerkenne, wenn er sie zur Mitwirkung beim Aufschließen auffordere. Diese Einwände vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Eine Verpflichtung des Kunden, der Bank bei Beendigung des Mietverhältnisses das Fach zu öffnen, kann kein Argument für den Mitbesitz der Bank darstellen. Diese Verpflichtung ist nichts anderes als die übliche Mieterpflicht aus § 556, nach dem der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die gemietete Sache zurückgeben muß. — Daß das Recht der Einsichtnahme keine Herrschaftsmöglichkeit für die Bank begründen soll wurde schon oben bei der Behandlung der rechtlichen Natur des Vertrages nachgewiesen. Der Hinweis auf diese Ausführungen (vgl. oben Seite 9) mag daher genügen[102]. — In der Aufforderung an die Bank, den Mitverschluß zu öffnen, liegt auch keine Anerkennung einer Mitgewalt, ebensowenig wie der Mieter eines Stockwerkes in einer abgeschlossenen Wohnung dem Vermieter diese Mitgewalt zubilligt, wenn er von ihm erwartet, die Haustür aufzuschließen. Nachdem die Parteien nun einmal diese besondere Art des Verschlusses gewählt haben, wie anders sollte der Kunde an seine Sachen gelangen, wenn nicht durch eben diese Aufforderung an die Bank? Damit stößt man wieder auf die Frage, zu welchem Zweck diese für den Kunden doch umständliche Art des Verschließens gewählt worden ist. Richtig ist, daß die in manchen Vertragsformularen der Banken enthaltene Bemerkung, der Mitverschluß sei nur der genannten Kontrolle wegen eingeführt[103], allein nicht für die tatsächliche Gestaltung der Besitzlage entscheidend sein kann, denn der Zweck des Mitverschlusses ist als solcher unerheblich. Er erlangt aber Bedeu-

100) Heinrici aaO. S. 831, Staudinger § 866 1a, Bacharach aaO. S. 295.
101) Loebner aaO. S. 61 ff.
102) vgl. Anhang S. 41 Nr. 3. . . .: Einsichtnahme nur zur Feststellung, ob die Vertragsbedingungen innegehalten sind.
103) vgl. Gumbel S. 27, Wolff Jh. Jahrb. 44. S. 149, vgl. Dresdener Bank Nr. 4.

tung, wenn er das zwischen den Vertragsparteien bestehende tatsächliche Verhältnis maßgeblich beeinflußt[104]). Das ist aber beim Schrankfachvertrag der Fall, da, wie schon gezeigt, die Machtstellung der Parteien eine grundsätzlich verschiedene ist. Der Sinn des Vertrages ist, dem Mieter Gelegenheit zur eigenen Verwahrung im sicheren Tresor der Bank zu geben. (Es darf dazu im einzelnen auf die Ausführungen über die Vertragsnatur verwiesen werden.) Aus diesem den gesamten Vertragsbeziehungen zu Grunde liegenden Gedanken geht aber deutlich hervor, daß der Mieter sich keineswegs auf eine Schmälerung seiner Verfügungsgewalt über die eingelegten Sachen einlassen will. Die für ihn nur zeitraubende und umständliche Form des Mitverschlusses ist gewählt worden, um die Sicherheit für die verwahrten Gegenstände zu erhöhen und eine schärfere Kontrollmöglichkeit für den Zutritt der Tresoranlage zu schaffen, nicht um einen Teil der Sachherrschaft an den Bankier abzutreten.

Wenn dem entgegengehalten wird, daß die Banken doch ein erhebliches Interesse an dem Mitverschluß hätten[105]), so z. B. zur Befriedigung etwaiger Ansprüche gegen den Kunden, so ist darauf zu entgegnen, daß eine Sicherung der Bank auch auf anderen Wegen möglich ist, so durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes oder Vorbehalt einer allgemeinen Pfandklausel in den von dem Kunden unterzeichneten Geschäftsbedingungen. (vgl. darüber im einzelnen unten § 5). Außerdem hieße es, den Sinn des ganzen Vertrages illusorisch machen, wenn man — wie Bondi — aus diesem immerhin denkbaren Interesse am Mitverschluß auf einen Willen zum Mitbesitz schließen wollte. Wenn auch in den Kundenkreisen der Banken diese Vorstellung herrschte, dürfte das Schrankfachgeschäft sich kaum so stark entwickelt haben, wie das tatsächlich in den letzten Jahrzehnten der Fall gewesen ist. Gerade, weil der Kunde die Gewißheit hat, daß die deponierten Gegenstände vor jedem fremden Zugriff, vor jeder Kenntnisnahme durch Dritte geschützt sind, hat die Vermietung von Schrankfächern einen derartigen Umfang gewonnen.

Hat die Bank aber überhaupt einen Besitzwillen? Heinrici verneint das — allerdings ohne nähere Begründung[106]). Daß ihm aber im Ergebnis beizupflichten ist, ergibt sich aus folgendem: zunächst ist die erwähnte Bemerkung, wonach der Mitverschluß nur der besseren Kontrolle wegen eingeführt worden sei, durchaus geeignet, ein Argument gegen den Besitzwillen der Bank darzustellen[107]). Außerdem findet sich in allen Bestimmungen der Banken die Klausel, daß die Bank nach Beendigung des Mietverhältnisses berechtigt sein soll, sich in den Besitz des Inhaltes zu setzen, wenn die Schlüssel nicht innerhalb einer bestimmten Frist

104) Das übersieht Cohn aaO. S. 241.

105) Bondi, aaO. S. 12.

106) aaO. S. 832, vgl. dagegen den Vorwurf bei Bondi S. 12. Gegen Bondi wieder Korn aaO. S. 504, der auf die übereinstimmenden Mietbedingungen der Deutschen Großbanken verweist.

107) Marcus aaO. S. 253, Loebner aaO. S. 63, wollen darin nur einen für den Besitz unerheblichen Zweck des Mitverschlusses, das Motiv des Besitzes, erblicken.

vom Kunden zurückgegeben werden. (vgl. Commerz- und Privat-Bank Nr. 9). Mag diese Bestimmung auch vielleicht hauptsächlich aufgenommen sein, um das Recht einer körperlichen Inbesitznahme, eines tatsächlichen Aneignens, dem Publikum gegenüber zu kennzeichnen, so findet sich aber weiter in den allgemeinen Geschäftsbedingungen aller Banken eine Bestimmung, die überflüssig sein würde, wenn die Bank Besitzerin des Schrankfachinhaltes wäre. Es heißt da meist, daß alle Wertpapiere usw., die aus irgend einem Anlaß in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz bezw. Verwahrung der Bank gelangt sind, der Bank als Pfand haften. Weiter heißt es dann: „das gleiche gilt auch für die in den Stahlfächern der Kunden liegenden Werte." — Wenn die Banken sich schon als Besitzer der Wertpapiere fühlten, wäre diese Bestimmung unnötig und kaum in dieser Form abgefaßt worden.

Mit dem Fehlen eines Besitzwillens ergibt sich aber ein neuer Einwand gegen die Annahme eines Mitbesitzverhältnisses zwischen Bank und Kunden. Der Wille zum Besitz ist zwar im heutigen Recht nicht mehr von entscheidender Bedeutung für einen Besitzerwerb [108]); es geht aber nicht an, der Bank Mitbesitz zuzusprechen, wenn weder die tatsächlichen Verhältnisse, für sich alein betrachtet, zur Besitzbegründung ausreichend erscheinen, noch überhaupt der Wille vorhanden ist, Besitz zu erwerben [109]).

Sprechen schon alle diese Erwägungen eindeutig gegen einen Mitbesitz der Bank, so findet die hier vertretene Auffassung eine überzeugende Bestätigung in einer besonderen Form des Schrankfachgeschäftes, in der bereits erwähnten Fachvermietung bei alleinigem Verschluß des Mieters. Im Gegensatz zu der üblichen Form des Verschlusses hat die Bank hier nur den Schlüssel zum Tresorraum, der Kunde kann sein Fach also nach Belieben allein öffnen und schließen. Will man auch hier noch einen Unterschied gegenüber dem Mieter einer abgeschlossenen Wohnung annehmen? Auch wer bei Doppelverschluß Mitbesitz annimmt, wird nicht bestreiten können, daß hier das wesentlichste Argument für eine Theorie, nämlich der Mitverschluß fehlt [110]). Wie aber will man dann noch von einer Sachherrschaft über das Fach sprechen?

---

108) Auch das BGB. hat aber keineswegs allgemein auf den Besitzwillen verzichtet (vgl. die Ausführungen bei Regelsberger aaO. S. 5). Es sind Fälle denkbar, in denen nur aus der Betätigung des Besitzwillens geschlossen werden kann, wer die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz an einer Sache erlangt hat. So z. B. bei dem von Jung aaO. S. 925 angeführten Beispiele: vor einem Mietshaus sind auf Bestellung einer darin wohnenden Partei Kohlen abgeladen worden. Solange der Besteller nichts davon weiß, hat er keine tatsächliche Gewalt. Das Wissen von der Tatsache des Abladens und die dadurch hergestellte Willensbeziehung zwischen Besitzer und Sache sind Voraussetzungen für den Besitzerwerb.

109) Unrichtig ist die Darstellung Loebners aaO. S. 64. Nach ihm ist die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch die Bank „ohne weiteres klar erkennbar" (ohne Begründung!) ohne daß man erst aus einem animus possidendi darauf schließen müsse. Damit sei das alleinige gesetzliche Erfordernis zum Besitzerwerb vorhanden, so daß es nicht angehe, wegen eines mutmaßlichen Mangels am Besitzwillen der Bank den Besitz abzusprechen.

110) Loebner II S. 87 erkennt nunmehr auch dem Kunden den Alleinbesitz zu.

Ähnliche Einrichtungen, die die Mitwirkung des Bankiers auf das geringstmögliche Maß herabsetzen, finden sich auch in anderer Form. So gibt es Schrankfächer, bei denen das Schloß der Bank durch einen komplizierten Buchstabenmechanismus ersetzt ist [111]), der nur dem Kunden bekannt ist. Auch daraus ergibt sich, daß keine Herrschaftsmöglichkeit für den Bankier begründet werden soll. Der Mitverschluß ist nichts anderes als eines von den vielen vorgesehenen Sicherungs- und Kontrollmitteln. Er hat die gleiche Funktion wie die Legitimationskarte, das Paßwort oder die Unterschriftsleistung, nur stellt er durch die Eigenart seiner Wirkung ein besonders geeignetes und wirkungsvolles Sicherungsmittel dar.

Die Rechtsprechung der höheren Gerichte hat bislang zu der Besitzfrage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Das Reichsgericht scheint allerdings auch der Ansicht zuzuneigen, daß die Bank weder Allein- noch Mitbesitz habe. Das ergibt sich einmal aus dem Urteil vom 10. Juli 1895 [112]), in dem ein Herausgabeanspruch gegen die Bank verneint wird, weil es sich nicht um anvertraute Gegenstände handele, sondern die Bank lediglich verpflichtet sei, dem Kunden die Benutzung des Faches zu gestatten und jede beliebige Verfügung über den Fachinhalt durch den Kunden zu dulden. In dem oben erwähnten Urteile vom 15. Mai 1933 [113]) wird festgestellt, daß die Bank zwar den Mitverschluß am Fach habe, daß sich dieser aber nicht auf die im Fach befindliche Kassette erstrecke. Eine Erörterung der Auswirkungen des Mitverschlusses fehlt jedoch, so daß nicht klar erkennbar ist, wem das Reichsgericht den Besitz zuspricht. Aus der Trennung zwischen Fach und Kassette darf man aber schließen, daß die Bank nach Ansicht des Reichsgerichts jedenfalls am Fachinhalt keinen Besitz hat. Ein Erkenntnis des Oberlandesgerichts Celle vom 5. Oktober 1926 [114]) erklärt dagegen ausdrücklich, daß die Bank nicht Besitzer des Fachinhaltes sei. Vor der Einbringung der Sachen in das gemietete Fach sei der Kunde Alleinbesitzer gewesen. Daran ändere sich aber gar nichts, denn der Mitverschluß sei lediglich vorgesehen, um die größtmögliche Sicherheit des gemieteten Raumes zu gewähren. — Es ist zu hoffen, daß das Reichsgericht in Zukunft in ebenso erfreulich klarer Weise Stellung zu der Besitzfrage nimmt, wie es das in dem oben erwähnten Urteile gegenüber der Frage nach der Rechtsnatur des Vertrages getan hat. Das ist schon mit Rücksicht auf die Bedeutung der Besitzverhältnisse bei einer Zwangvollstreckung zu wünschen.

Man sieht, daß die als herrschend bezeichnete Lehre vom Mitbesitz der Bank und des Kunden es in Wahrheit nicht mehr ist [115]). Sie kann auch nicht richtig sein, weil sie weder den tatsächlichen Verhältnissen noch den vertraglichen Beziehungen der Parteien Rechnung trägt. Der Feh-

---

111) Heinrici aaO. S. 831, Düringer aaO. S. 68.
112) JW. 1895 S. 399.
113) vgl. oben S. 15.
114) JW. 1927 S. 73.
115) vgl. die Übersicht oben S. 16 Note 71.

ler liegt bei allen Vertretern dieser Ansicht darin, daß sie aus der Existenz eines besonderen Mechanismus', also einer reinen Äußerlichkeit, auf die Besitzverhältnisse schließen, ohne die besondere, von den wechselnden Anschauungen des Verkehrs bestimmte Natur des Begriffes der tatsächlichen Gewalt gebührend zu berücksichtigen.

Die Bank hat also weder Allein- noch Mitbesitz an den im Schrankfach befindlichen Gegenständen des Kunden. Durch die Einbringung der Sachen gibt der Mieter seine Sachherrschaft nicht auf, sondern behält den unmittelbaren Alleinbesitz. Er bleibt allein verfügungsfähig und verfügungsberechtigt. Wenn er in seinem Besitz gestört wird, genießt er den Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB. Das gilt der Bank gegenüber in gleichem Maße wie gegenüber Dritten. Das Recht aus § 859, die Besitzwehrung mittels Gewalt, wird der Kunde allerdings der Bank gegenüber nicht ausüben können. Solange der Bankier nicht mit tatsächlichen Handlungen den Fachinhalt gefährdet, sondern nur seine Mitwirkung zum Öffnen verweigert, handelt es sich dabei nur um die Verletzung einer zugesicherten Vertragspflicht. Die Innehaltung dieser Vertragspflicht müßte der Kunde also auf dem Klagewege erzwingen [116]).

Die hier vertretene Ansicht, daß der Kunde den Alleinbesitz am Fachinhalt habe, entspricht der Auffassung der Praxis. So erklärte die Leitung der Commerz- und Privatbank Marburg, daß sich die Bank keinen Besitz am Fachinhalt zuspreche, da sie keinerlei Kenntnis von dem Inhalt nehme und dem Kunden die alleinige Verfügungsgewalt zubillige. Nach einer Auskunft der Deutschen Bank und Diskonto-Gesellschaft Berlin nimmt die Bank einen Mitbesitz nur in „rein tatsächlicher Hinsicht" in Anspruch, d. h. also nur im Sinne eines bloßen Gewahrsamsverhältnisses.

Auch die Formulierung der Schrankfachbestimmungen darf als Bestätigung für den Alleinbesitz des Kunden angesehen werden (vgl. im Anhang die Bestimmung der Dresdner Bank unter 4., die der normalen Fassung bei fast allen Deutschen Banken entspricht). Noch klarer kommt das in der neuesten Entwicklung des Schrankfachgeschäftes zum Ausdruck, wie es sich in den Bedingungen einer gerade auf diesem Gebiete mit besonders großen Erfahrungen ausgestatteten deutschen Großbank zeigt. Dort heißt es (vgl. Anhang S. 43 Nr. 4), daß die Fächer unter dem e i g e n e n Verschluß des Mieters stehen und daß sich die Mitwirkung der Bank beim Öffnen und Schließen n i c h t a u f d e n I n h a l t des Faches beziehe! Diese Formulierung besagt nichts anderes, als daß die Bank sich von dem Inhalt des Schrankfaches völlig distanziert, daß sie den Mitverschluß als eine bloße technische Einrichtung auffaßt und sich keineswegs eine Herrschaftsmöglichkeit über den Inhalt zuspricht. Diese Distanzierung geht sogar so weit, daß die Bank ausdrücklich betont, sie nehme keinerlei Kenntnis von dem Inhalte des Faches, und ihren

---

116) Nach Planck-Brodmann Anm. 8 zu § 866 ist eine Gewaltanwendung schon deshalb ausgeschlossen, weil dazu die Begehung eines Hausfriedensbruches notwendig wäre. vgl. Heinrici aaO. S. 833 und Wimmer aaO. S. 22.

Angestellten sei es untersagt, bei der Bearbeitung des Fachinhaltes mitzuwirken.

Die Entwicklung des Schrankfachgeschäftes geht ganz deutlich dahin, daß die Banken bewußt die völlige Selbständigkeit und Freiheit des Kunden bei der Öffnung des Faches und überhaupt bezüglich des Schrankfachinhaltes betonen. Wahrscheinlich ist diese besondere Hervorhebung verursacht durch das Bestreben der Banken, eine für sie möglichst günstige Stellung einzunehmen und jede weitere Haftung — etwa nach Verwahrungsgrundsätzen — von vornherein auszuschließen.

II. Der Besitz am Schrankfach.

Für das Schrankfach selbst könnte die Annahme eines Mitbesitzverhältnisses mit mehr Berechtigung vertreten werden, als bezüglich des Inhaltes[117]). Man könnte gegen einen Alleinbesitz des Kunden einwenden, daß sich das Interesse an der Alleinherrschaft doch auf die eingelegten Sachen beschränke. Eine solche Annahme wird den tatsächlichen Verhältnissen jedoch nicht gerecht. Eine gemietete Sache steht regelmäßig in unmittelbarem Alleinbesitz des Mieters, während der Vermieter nach § 868 nur den mittelbaren Besitz behält. Beim Schrankfachvertrag besteht kein Anlaß, eine abweichende Besitzlage anzunehmen. Die Erörterung über die durch die Vertragsnatur bestimmte Bedeutung des Mitverschlusses gelten für das Fach selbst in gleicher Weise wie für den Inhalt. Während aber der Fachinhalt stets im Alleinbesitz des Kunden steht, befand sich das Fach vor dem Vertragsabschluß im unmittelbaren Alleinbesitz der Bank. Nur für die Dauer des Mietvertrages verzichtet die Bank auf die Machtausübung am Fach und überläßt es dem Mieter. Damit verwirklichen die Parteien ein Besitzverhältnis im Sinne des § 866, auf Grund dessen der Kunde der Bank gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Daß die Bank, wie regelmäßig jeder Vermieter, aus dem unmittelbaren Besitz völlig ausscheidet und nicht etwa Mitbesitzerin bleibt, ergibt sich sowohl aus der Natur des Vertrages als auch aus der rein technischen Ausgestaltung der Besitzübertragung. Während vor der Benutzung durch den Kunden das Fach regelmäßig durch einen Generalschlüssel der Bank allein geöffnet werden kann, wird bei der Vermietung an den Kunden — meist in dessen Beisein — an der Innenseite des Schlosses ein sogenannter Stecker angebracht, den der Kunde nebst den dazu gehörigen Schlüsseln aus einem verschlossenen Papierbeutel selbst auswählen kann. Damit ist das Fach für die Benutzung durch die Bank gesperrt und kann nur noch mit Hilfe der im Besitz des Kunden befindlichen Schlüssel geöffnet werden[118]).

---

117) s. z. B. Opitz II. S. 494.

118) So z. B. das Verfahren bei der Commerz- und Privatbank Marburg. Diese Form des Verfahrens (der verschlossene Papierbeutel mit dem Schlüssel befindet sich wieder in einem besonders verschlossenen Fach der Bank) ist gewählt worden, um dem Kunden eine möglichst große Garantie dafür zu geben, daß nicht etwa ein Angestellter der Bank sich heimlich einen Duplikatschlüssel anfertigen läßt, sich den Generalschlüssel der Bank besorgt und dann das Fach öffnet.

Da bei einem Besitzmittlungsverhältnis dem mittelbaren Besitzer der Besitzschutz zusteht, wenn dem unmittelbaren Besitzer gegenüber verbotene Eigenmacht geübt wird, so kann sich der Bankier gegen Angriffe Dritter auf das Fach mit Gewalt wehren. Mit dem Angriff auf das einzelne Fach verletzt der Dritte regelmäßig auch die Sicherheit der gesamten Tresoranlage, die Teil des Bankgebäudes ist und als solcher im Besitz des Bankiers steht[119]).

§ 4. Die Verpfändung des Fachinhalts.

I. Die Verpfändung an den Bankier.

Entscheidende Bedeutung kommt der Besitzfrage für den Fall der Verpfändung zu. Da die Verpfändung an Dritte meist vertraglich ausgeschlossen ist (vgl. Anhang S. 44 Nr. 7), so dürfte die Verpfändung an den Bankier der häufiger vorkommende Fall sein.

Die Verpfändung einer beweglichen Sache geschieht nach § 1205 BGB. entweder durch Übergabe und Einigung oder, falls der Gläubiger bereits im Besitz der Sache ist, durch schlichte Einigung über das Entstehen des Pfandrechts. Hat der Eigentümer nur den mittelbaren Besitz, so ist die Übertragung dieses mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger und die Anzeige an den Besitzer nötig. Außerdem kann gemäß § 1206 die Übergabe durch Einräumung des Mitbesitzes ersetzt werden.

Die in jedem Falle bestehende Möglichkeit, daß der Kunde durch Aushändigung seiner Schlüssel an den Bankier ganz aus dem Besitzverhältnis ausscheidet und dann die Pfandabrede trifft, kann außer Betracht bleiben. Eine solche Verpfändung ist mit dem Schrankfachvertrag nicht vereinbar, weil sie den eigentlichen Zweck des Vertrages vernichten würde. An ein solches Pfandrecht scheint Korn zu denken, wenn er zur Entstehung eines wirksamen Pfandrechtes die Rückgabe mindestens eines der dem Kunden ausgehändigten Schlüssel an den Bankier für erforderlich hält. Damit würde der Bankier aber die unbeschränkte Sachherrschaft über den Fachinhalt ausüben und könnte darüber verfügen, ohne im geringsten durch den Kunden behindert zu sein. Das würde aber nichts anderes als die gewöhnliche Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 1 darstellen, denn der Bankier würde dann Alleinbesitzer werden[120]).

Für die Anhänger der hier abgelehnten Meinung, der Bankier habe den Alleinbesitz, bereitet die Verpfändung keine Schwierigkeiten.

---

119) Vgl. dazu ERG. 64 S. 183, wo ausgeführt wird, daß bei der Vermietung mehrerer abgesonderter Wohnungen in einem Gebäude die einzelnen Mieter nicht Besitzer des Gebäudes als eines ganzen seien, daß der Besitz daran vielmehr bei dem Eigentümer verbleibe.

120) Vgl. Planck Anm. 1, a; 2 und Seuff. Arch. Bd. 62 S. 101 ff. (Verpfändung eines Weinlagers).

Es genügt die schlichte Einigung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2, daß dem Bankier in Zukunft das Pfandrecht zustehen solle. Anders, wenn man wie die herrschende Lehre, Mitbesitz zwischen Bank und Kunden annimmt. Gumbel und ihm folgend Loebner [121]) halten eine Pfandrechtsbestellung nach § 1205 nicht für möglich, da — wie auch hier angenommen — keine Übergabe im Sinne des § 1205 BGB. vorliegt. Eine Einigung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 genüge aber nur dann, wenn im Besitzverhältnis des Verpfänders zur Sache eine Änderung eintrete, z. B. durch Aufgabe des unmittelbaren Mitbesitzes; denn ein Erwerb durch brevi manu traditio sei in seinem Wesen dasselbe, wie der Erwerb durch Übergabe und könne daher nur dann stattfinden, wenn der Besitz, falls er durch Übergabe verschafft worden wäre, zum Rechtserwerb geführt hätte. Ob eine solche Änderung in der Besitzlage wirklich erforderlich erscheint, mag dahingestellt bleiben. (Aus dem § 1205 Abs. 1 Satz 2 geht das nicht hervor, denn es soll doch gerade bei bestehenbleibendem Besitzverhältnis durch das bloße Hinzukommen der Einigung ein Pfandrecht entstehen können.) Es ist aber unbestritten rechtens, daß der Übergabe im Sinne des § 929 und des § 1205 die Einräumung des Mitbesitzes — und den haben doch Bankier und Kunde nach dieser Meinung — nicht gleichsteht [122]). Während im allgemeinen zur Pfandrechtsbestellung die Übertragung des Alleinbesitzes erforderlich ist, soll die Einräumung des Mitbesitzes nur unter den Voraussetzungen des § 1206 BGB. genügen. § 1206 verlangt zwar gegenüber der Regel ein Minus. (Es genügt . . .) Es muß hier aber das qualifizierende Moment des Mitverschlusses hinzukommen [123]). D. h. also, daß bei Mitbesitz eine Verpfändung nicht gemäß § 1205, sondern nur nach § 1206 erfolgen kann. Die Anhänger der Mitbesitztheorie begründen denn auch übereinstimmend das Entstehen eines vertraglichen Pfandrechts aus § 1206. Dabei ergibt sich aber die Schwierigkeit, daß § 1206 nicht unmittelbar anwendbar ist, jedenfalls dann nicht, wenn sich bei der Pfandabrede die zu verpfändenden Sachen

---

121) Gumbel aaO. S. 33, Loebner aaO. S. 72 f.

122) Vgl. RGR. Komm. § 929 Note 4; Leipziger Zeitung 1918 S. 498 Nr. 7: „Nun ist zuzugeben, daß die Einräumung des Mitbesitzes die für den Eigentumsübergang nötige körperliche Übergabe allein nicht zu ersetzen vermag". (Wolff, Ih. Jahrb. 44 S. 157; bestätigt durch die §§ 1081 und 1206).

123) Es handelt sich hier nach überwiegender Ansicht der Rechtsprechung und des Schrifttums um einen Fall des sogenannten Mitbesitzes zur gesamten Hand. D. h. es darf kein schlichter Mitbesitz vorliegen, sondern die tatsächliche Gewalt darf nur von beiden Besitzern gemeinschaftlich ausgeübt werden können. Dazu ist erforderlich, daß die alleinige Verfügungsmöglichkeit des Verpfänders über die Sache tatsächlich ausgeschlossen ist. Es genügt daher nicht, daß beide Mitbesitzer einen gleichen Schlüssel zum gleichen Schloß haben, sondern der Mitverschluß muß dergestalt sein, daß beide nur gemeinschaftlich öffnen können. Dem kann genügt werden durch Anbringung zweier verschiedener Schlösser, von denen der Schlüssel des einen im Besitz des Verpfänders, der des anderen im Besitz des Pfandgläubigers sich befinde. Vgl. im einzelnen Wolff, Ih. Jahrb. 44 S. 159 f., 200 f.; Staudinger Note 1 zu § 1206, Planck-Brodmann Note 1 a zu § 1206. Vgl. dazu ferner Eck-Leonhard S. 326 N. 2: Es ist fraglich, ob man bei solchem Verschluß zur gesamten Hand überhaupt von einem Mitbesitz reden kann, was § 1206 allerdings tut. Dies wäre wohl ein Gesamtbesitz, kein wahrer Mitbesitz.

bereits im Schrankfach befinden. Nach § 1206 genügt die Einräumung des Mitbesitzes dann, wenn sich die Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet. Hier soll aber der Mitverschluß nicht erst eingeräumt werden, sondern besteht schon. Es fehlt aber eine dem § 1205 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Regelung. Man hat die Lösung in einer entsprechenden Anwendung des § 1205 Abs. 1 Satz 2 gesucht [124]) — eine auch wohl unbedenkliche Ausdehnung des Gedankens, daß bei bestehendem Besitz die schlichte Einigung zur Pfandrechtsentstehung genügen soll.

Fraglich bleibt nur, ob eine solche Verpfändung durch schlichte Willenseinigung auch dann angenommen werden kann, wenn man, wie das hier geschehen ist, jeglichen Besitz oder Mitbesitz der Bank verneint. Von den oben erwähnten Verpfändungsmöglichkeiten scheiden zunächst die nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 und § 1205 Abs. 2 aus; denn weder ist der Pfandgläubiger — der Bankier — im Besitz der Pfandgegenstände, noch hat der Eigentümer nur den mittelbaren Besitz, den er nach § 1205 Abs. 2 auf den Bankier übertragen könnte. Es bleiben somit nur die Fälle des § 1205 Abs. 1 Satz 1 — die gewöhnliche Übergabe und Einigung — und des § 1206 — Einigung und Ersatz der Übergabe durch Einräumung des sogenannten Gesamthandbesitzes — übrig. Daß auch hier eine Änderung im Besitzstand durch völliges Ausscheiden des Kunden aus dem Besitz, z. B. durch Rückgabe der Schlüssel an die Bank möglich ist, bedarf keiner Erörterung. Wie aber gestaltet sich eine Verpfändung, wenn, wie das der Sinn des Schrankfachvertrages fordert, der Kunde weiterhin den Zutritt zu seinen eingelegten Sachen behalten will?

Einerseits ist davon auszugehen, daß die Verpfändung notwendig eine Änderung in der Besitzlage fordert. Denn wenn der Kunde im Alleinbesitz bleibt, kann kein Pfandrecht entstehen. Wenn aber der von den Parteien verfolgte Zweck des Vertrages nicht illusorisch gemacht werden soll, darf es andererseits auch zu keiner eigentlichen körperlichen Übertragungshandlung kommen, sondern die erforderliche Änderung in der Besitzlage muß sich im obligatorischen Verhältnis der Parteien zueinander vollziehen. Daß eine Besitzübertragung unter Umständen durch Willenseinigung vollzogen werden kann, ergibt sich aus § 854 Abs. 2, wonach zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Damit ist aber nicht etwa vom Gesetz ein Fall zugelassen worden, in dem ein Besitzerwerb ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt vollzogen werden kann, sondern es wird lediglich ein bestimmter Tatbestand als ausreichend für die Feststellung angesehen, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt erlangt habe [125]). § 854 Abs. 2 trifft aber die hier vorhandene Sachlage insofern nicht, als — wie oben nachgewiesen — die Bank weder Inhaber der tatsächlichen Gewalt noch auch ohne weiteres in der Lage ist, diese Gewalt über den Fachinhalt auszuüben. Eine Eini-

124) Wolff, Ih. Jahr. 44. S. 201, Loebner aaO. S. 75, Düringer aaO. S. 68, Gumbel aaO. S. 35.

125) So Planck-Brodmann § 854 Note 3 und Windscheid-Kipp I S. 784.

gung zwischen Mieter und Bankier darüber, daß dem Bankier in Zukunft der Besitz zustehen solle, würde wirkungslos bleiben müssen, weil die wesentliche Voraussetzung des § 854 Abs. 2, die Möglichkeit der jederzeitigen Gewaltausübung, so lange nicht erfüllt ist, als der Kunde noch im Besitz seines Schlüssels ist [126]).

Trotzdem ist eine Änderung der Besitzlage durch schlichte Einigung möglich, wenn auch nicht die völlige Besitzübertragung, so doch die Verschaffung des Mitbesitzes im Sinne des § 1206. Wenn der Kunde mit dem Bankier eine Abrede trifft, nach der dem Bankier in Zukunft ein Pfandrecht an den im Fach liegenden Gegenständen zustehen soll, so vollzieht sich damit eine entscheidende Änderung in den gesamten zwischen den beiden Vertragsparteien bestehenden Beziehungen. Konnte bis jetzt der Kunde, sofern er die vertraglich vorgeschriebenen Bedingungen innehielt, ohne weiteres mit der Mitwirkung der Bank beim Öffnen und Schließen des Faches rechnen, ohne daß die Bank sich im geringsten um den Fachinhalt kümmerte, so erlangt nunmehr der Bankier eine völlig andersartige, von seiner bisherigen Stellung rechtlich verschiedene Vertragsposition. Der Bankier ist jetzt nicht mehr allein Vermieter eines Stahlfaches, sondern vor allem Pfandgläubiger. Hatte er bislang die Pflicht, nach Belieben des Kunden automatisch an der Öffnung des Faches mitzuwirken, so verschiebt sich nunmehr die Machtstellung zu Ungunsten des Kunden. Der Bankier ist von nun an berechtigt, zur Sicherung seines Pfandrechtes Kenntnis von den eingelegten Sachen des Kunden zu nehmen und diesen an einer etwaigen Entfernung der Pfandgegenstände zu hindern. Damit ändert sich aber auch die Bedeutung des Mitverschlusses für den Mietvertrag. War noch oben nachgewiesen, daß dem Mitverschluß lediglich die Bedeutung eines besonderen Sicherungsmittels zukam, das allein im Interesse des Kunden vorgesehen war, so erlangt dieser Mitverschluß nunmehr im Verhältnis der Parteien zueinander die Bedeutung eines gegenseitigen Kontrollverhältnisses zur Ausschließung einer einseitigen Verfügungsmöglichkeit durch eine der Parteien. War der Mitverschluß bislang keineswegs ein Faktor, durch den die Verkehrsanschauung dem Bankier eine (Mit)Herrschaftsmöglichkeit am Fachinhalt zusprach, so darf jetzt nicht mehr übersehen werden, daß der Kunde auf die automatische Mitwirkung der Bank beim Benutzen der Stahlkammer weitgehend verzichtet hat und dem Bankier zur Verwirklichung seines Pfandrechtes das Recht auf Einsichtnahme zuerkannt hat. Außerdem hat der Bankier von jetzt an ein tatsächliches und rechtliches Interesse an der Schrankfacheinlage und an dem (Mit)Besitz daran. Diesen Besitzwillen behält der Bankier auch dann, wenn er dem Kunden Zutritt zum Schrankfach gewährt hat, damit dieser etwa erforderliche Arbeiten, z. B. Trennung der Zinsscheine, vornimmt [127]). Damit tritt eine entscheidende Änderung

126) Weiter ist zu beachten, daß, falls der Pfandgläubiger den Besitz erst nach § 854 Abs. 2 erwerben soll, neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes noch die besondere Einigung nach § 854 Abs. 2 erforderlich ist. So RGR. Komm. § 1205 N. 8.

127) So auch Düringer aaO. S. 69.

der tatsächlichen Lage ein, die die alleinige Herrschaftsmöglichkeit des Kunden beseitigt und der Bank eine Mitherrschaft am Schrankfache und dessen Inhalt einräumt. Das heißt aber nichts anderes, als daß von nun an die tatsächliche Gewalt weder dem Kunden noch der Bank allein, sondern nur noch beiden gemeinsam zusteht, daß also ein Gesamthandbesitzverhältnis im Sinne des § 1206 geschaffen worden ist. Da die verpfändeten Sachen sich auch unter dem im 1206 geforderten Mitverschluß des Pfandgläubigers befinden, so sind alle Voraussetzungen für die Gültigkeit des Pfandrechtes erfüllt.

Während im Falle des § 854 Abs. 2 die Möglichkeit der Gewaltausübung durch den Erwerber gefordert wird, vollzieht sich hier durch die schlichte Einigung des Kunden und des Bankiers eine direkte Änderung in der tatsächlichen Gestaltung der Gewaltverhältnisse. Daß eine solche Besitzveränderung durch übereinstimmende Parteierklärung geschehen kann, mag zunächst überraschen. Man könnte versucht sein, diese Besitzübertragung als einen Fall der vacuae possissionis traditio im Sinne Esmarch's aufzufassen. Hier wie dort handelt es sich um einen auf „der Harmonie, dem consensus zweier Willen" [128]) beruhenden Akt. Während aber die Lehre Esmarch's [129]) auf die von der Wissenschaft allgemein abgelehnte Auffassung hinausgeht [130]), daß der Besitzerwerber regelmäßig ohne jedes noch so schwache Surrogat der körperlichen Besitzergreifung durch bloßen Vertrag in dem Augenblick den Besitz erwerbe, in welchem der derzeitige Besitzer den Besitz zu seinen Gunsten für erledigt erklärt hat [131]), handelt es sich hier um eine durch die Parteivereinbarung vorgenommene handhafte (Mit-) Besitzergreifung durch den Bankier, die nur deswegen nach außen nicht sichtbar in Erscheinung tritt, weil bereits das eigenartige Verhältnis des Mitverschlusses durch die Bank besteht. Durch die veränderte Bedeutung, die diesem Mitverschluß von den Parteien beigelegt wird, ändert sich, wie schon betont, das Herrschaftsverhältnis und damit die Besitzlage, denn diese ist hier bei dem Mitverschluß abhängig davon, wie sich die Parteien das Verhältnis gedacht haben und wie sie es tatsächlich handhaben [132]). Diese sich im Willen der Vertragsparteien vollziehende Änderung stellt durch die

---

128) Vgl. Esmarch aaO. S. 49.

129) Vgl. insbesondere aaO. S. 19 ff. S. 32 ff. S. 49 ff. und S. 68: vacuae possissionis traditio stellt sich dar als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Besitzer einer Sache und demjenigen, welchem der Besitz überlassen werden soll, in welchem ersterer erklärt, daß er den Besitz ledig von jedem die freie Auswirkung beschränkenden Hindernis (also auch von dem Hindernis, welches in seinem eigenen Besitz liegt), dem letzteren einräume und überlasse, dieser letztere aber seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend dahin erklärt, daß er zufolge der v. p. traditio überlassenen Besitz erwerben und übernehmen wolle usw.

S. 69: „schon durch die bloße v. p. traditio, abgesehen von der körperlichen Besitzergreifung, geht der Besitz von der Seite seines ökonomischen Wertes betrachtet, in das Vermögen des Empfängers über.

130) Vgl. im einzelnen Windscheid I § 153 N. 9, Goldschmidt aaO. § 23 S. 226, Wendt Faustrecht aaO. S. 288 ff.

131) So Goldschmidt aaO. Note 4.

132) So Planck § 1206 Anm. 1a 1.

damit geschaffene neue Machtposition der Parteien gewissermaßen ein Übergabesurrogat dar, durch das der Bankier in den Mitbesitz des Fachinhaltes gesetzt wird. Es ist also nicht etwa so, daß durch die bloße Erklärung des Kunden, den (Mit-) Besitz übertragen zu wollen, schon der Besitz übergeht. Entscheidend ist vielmehr die Reaktion des Pfandgläubigers, des Bankiers, auf eben diese Erklärung, (die in der Erklärung, ein Pfandrecht zu bestellen, enthalten ist). Diese Reaktion zeigt sich in dem Willen des Bankiers von jetzt an den Mitverschluß nicht mehr allein für den Kunden, sondern daneben auch vor allem zur Sicherung und Durchführung des bestellten Pfandrechts für sich selbst auszuüben.

Ebenso, wie im Falle des § 854 Abs. 2 erfordert diese Form der (Mit-) Besitzübertragung auf der Seite des Übertragenden ein Aufgeben des Willens zum Alleinbesitz, eine Art „geistiger Räumung" [133]) (vacua possessio) — auf der Seite des Erwerbers die Erklärung, den Besitz ergreifen zu wollen. Der Unterschied liegt darin, daß im § 854 Abs. 2 noch nicht sofort ein körperliches Verhältnis tatsächlicher Art erforderlich ist [134]), sondern daß ein vorläufiges Ergreifen mit dem Willen genügend ist. Hier bei der Mitbesitzübertragung liegt beides vor, die Erklärung, den geräumten Teil des Besitzes zu ergreifen und die im Verhalten des Pfandgläubigers zum Ausdruck kommende tatsächliche Ergreifung. Daß dieser Fall der Besitzübertragung nicht durch § 854 Abs. 2 getroffen wird, ergibt sich auch vor allem daraus, daß ein Besitzerwerb nach dieser Gesetzesbestimmung nur dann erfolgen kann, wenn der Erwerber nach der Einigung mit dem Besitzer in der Lage ist, die Gewalt über die Sache, d. h. die Gewalt für sich allein ausüben zu können. Die Erlangung des Mitbesitzes ist dafür nicht ausreichend [135]).

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist somit folgendes: Eine Verpfändung der im Schrankfach einer Bank befindlichen Sachen durch den Mieter kann ohne eine besondere körperliche Besitzübertragungshandlung durch die einfache Abrede, daß dem Bankier das Pfandrecht zustehen solle, geschehen, da schon dadurch eine den Anforderungen des § 1206 entsprechende Besitzlage geschaffen wird [136]). Im Ergebnis entspricht das der auch von verschiedenen Anhängern der Mitbesitztheorie vertretenen Auffassung. Dort begegnet die Annahme einer solchen Form

---

133) Vgl. Jung aaO. S. 925, Fischer-Henle aaO. § 854 Not. 11.

134) Jung aaO. S. 925 Anm. 1 und Fischer-Henle § 854 Note 11: „. . . dagegen ein körperliches Verhältnis des Erwerbers zur Sache im Sinne des Abs. 1 nicht erforderlich, also nicht einmal eine sogen. longa manu traditio. Sonst wäre Abs. 2 („genügt") sinnlos. Vgl. JW. 1912 S. 129.

135) Vgl. das Urteil des VII. Ziv. Sen. des RG. vom 12. 2. 1904 in Gruchot's Beiträgen 1905 S. 123 ff.: „Auch von einer Anwendung des § 854 Abs. 2 des BGB. (traditio brevi manu) kann so lange keine Rede sein, als nicht feststeht, daß die Beklagte in der Lage gewesen ist, allein, nicht lediglich als Mitbesitzerin die Gewalt . . . auszuüben.

136) Im Ergebnis übereinstimmend aber zum Teil ohne nähere Begründung: Planck § 1206 Anm. 1a 1, Heinrici aaO. S. 832, Wilutzky aaO. S. 295, Regelsberger aaO. S. 6, Dorpalen aaO. S. 10 ff.

der Verpfändung allerdings keinerlei Schwierigkeiten, da nach der dort vertretenen Ansicht der erforderliche Mitbesitz des § 1206 schon vorhanden ist. In der Praxis wird, schon mit Rücksicht auf etwaige Beweisschwierigkeiten, eine solche Verpfändung durch mündliche Einigung ein Ausnahmefall bleiben. Regelmäßig dürfte die Verpfändungsvereinbarung schriftlich vollzogen werden. Die Form, in der diese Vereinbarung vorgenommen wird, ist aber unmaßgeblich. Entscheidend bleibt die Feststellung, daß die Erklärung als solche die Änderung der tatsächlichen Lage und damit das Entstehen des Pfandrechtes bewirkt.

Allerdings fehlt es bei dieser Form der Verpfändung an der Offenkundigkeit für Dritte. Das ist aber auch im Falle des § 1205 Abs. 1 Satz 2 nicht anders, wenn z. B. ein bisheriger Verwahrungsbesitz in Pfandbesitz verwandelt wird [137]). Hier wie dort ist aber dem wesentlichen Erfordernis für eine Pfandrechtsbestellung, dem Ausschluß der tatsächlichen Verfügungsmacht durch den Verpfänder entsprochen.

II. Die Verpfändung an Dritte.

Eine Verpfändung durch Einigung und Übergabe mittels Herausnehmen der Sache aus dem Fach bietet keine Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Form der Verpfändung nach § 1205 Abs. 1 Satz 1. Aber auch, wenn die Sachen im Fach verbleiben, ist eine Verpfändung möglich. Der Kunde kann die Übergabe an den Pfandgläubiger dadurch bewirken, daß er aus seinem Besitzverhältnis völlig ausscheidet und den Besitz auf den Gläubiger überträgt. Das ist möglich durch Aushändigung sämtlicher Schlüssel und der Einlaßkarte an den Gläubiger und der Nennung des Paßwortes. Es fragt sich dabei aber, wie weit damit dem Pfandgläubiger schon die Besitzstellung eingeräumt ist. Da die Banken die Rechte des Mieters aus dem Schrankfachvertrag, also auch das Recht zum Eintritt in die Stahlkammer und das Recht auf Mitwirkung beim Öffnen als höchst persönliche Rechte auffassen (keine Übertragbarkeit, keine Untervermietung) wehren sie sich fast immer mit allen Mitteln gegen den Zutritt eines nicht ausreichend Legitimierten. Ob daher auf dem geschilderten Wege eine wirksame Pfandrechtsbestellung möglich ist, hängt von den im Einzelfall maßgebenden Vertragsbestimmungen ab. Im allgemeinen findet sich in den Bankformularen eine Unterscheidung zwischen einmaligem Zutritt und dauernder Bevollmächtigung (vgl. Dresdner Bank Nr. 6, Commerz- und Privatbank Nr. 7). Bei Ausstellung eines einmaligen Einlaßscheines wird man kaum eine Besitzübertragung annehmen können. Der Parteiwille geht dann nicht auf fortdauernde Besitzausübung durch den Pfandgläubiger, sondern auf Gestattung des Ansichnehmens der zu verpfändenden Sache. Das Pfand-

137) Vgl. Dernburg: Sachenrecht 1908 S. 901.

138) Denn in der Übergabe der Schlüssel allein braucht noch keine Besitzübertragung zu liegen. Allerdings ist das möglich, wenn zu der Schlüsselübergabe noch ein wirksamer Besitzvertrag nach § 854 Abs. II hinzukommt. So Wolff: Sachenrecht § 11, III, 2; vgl. auch Gierke II S. 233.

recht wird dann regelmäßig erst mit der körperlichen Ergreifung der Sache entstehen[138]). Hier kann man m. E. mit mehr Recht als Wettstein[139]) davon sprechen, daß der Gläubiger sich das Pfandrecht mit der Herausnahme „selbst bestelle“. Wettstein sieht die Besitzergreifung immer erst mit dem Herausnehmen und einer erkennbaren Ergreifung für vollendet an. So lange sich der Fachinhalt im Gewahrsam der Bank befinde und überhaupt wirklicher Schrankfachinhalt sei, könne überhaupt kein Pfandrecht eines Dritten daran bestehen. Für Wettstein ist diese Ansicht folgerichtig, da er ja jeden Besitz des Kunden leugnet; von dem als richtig erkannten Ausgangspunkt des Alleinbesitzes des Kunden ist sie dagegen unhaltbar. — Soll dagegen dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht bei bestehen bleibendem Schrankfachvertrag eingeräumt werden, so ist die genaue Innehaltung der Vertragsbestimmungen erforderlich. Solange nur die Schlüssel ausgehändigt sind oder dem Pfandgläubiger nur das Paßwort mitgeteilt ist, hat der Gläubiger noch nicht die Besitzstellung des Schuldners erlangt[140]). Die Bank wird ihm regelmäßig den Zutritt zur Stahlkammer und die Mitwirkung beim Öffnen verweigern. Der Kunde bleibt also trotz seines in der Schlüsselübergabe zum Ausdruck gekommenen Besitzübertragungswillens weiterhin Besitzer, wenn er nicht dem Pfandgläubiger daneben noch eine der vertraglich vorgesehenen Vollmachten[141]) zur Ausübung der ihm zustehenden Vertragsrechte aushändigt, (Commerz- und Privatbank Nr. 7, Dresdner Bank Nr. 6) oder, — wie es in der im Anhang Seite 43 Nr. 2 abgedruckten Bestimmung vorgesehen ist — der Bank die Person des Gläubigers bezeichnet, deren Unterschrift niederlegt und ein auf den Namen des Zutrittsberech-

139) aaO. S. 119.

140) In diesem Zusammenhang mag ein Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 6. März 1935 (2. O. 185/34) interessieren. In diesem — augenblicklich in der Berufungsinstanz am Oberlandesgericht Celle schwebenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von der Beklagten die Herausgabe der Schlüssel zu einem Schrankfach bei der Sparkasse in C. Diese Schlüssel waren der Beklagten nebst einer Urkunde, wonach das Fach nur im Auftrage der Beklagten gemietet und der Inhalt deren Eigentum sei, von dem verstorbenen Ehemann der Klägerin übergeben worden. In den Entscheidungsgründen heißt es u. a.: Eine Schenkung würde nur dann vorliegen ..... wenn durch Aushändigung der Urkunde eine Übereignung des Inhaltes erfolgt wäre, was immerhin zweifelhaft sein kann, da die Beklagte durch die Übergabe der Schlüssel und Übergabe der Urkunde *keinen unmittelbaren Alleinbesitz* an den im Schließfach befindlichen Sachen erhalten hat, weil sie mangels Übergabe der Einlaßkarte *nicht in die Lage* versetzt ist, die *tatsächliche Gewalt* über die Sache auszuüben.

141) Nach Wolff, Ih.Jahrb. 44 S. 199 und ihm folgend Gumbel aaO. S. 31 muß die Vollmacht unwiderruflich sein, da der Kunde bei Widerruflichkeit der Vollmacht von der Bank neue Schlüssel erhalten könne mit der Begründung, er habe die Vollmacht widerrufen, aber die Schlüssel nicht zurückbekommen. Dieser Fall sei dann einem Verlust der Schlüssel gleichzuachten. — Eine solche Einschränkung erscheint unbegründet. Die Möglichkeit, neue Schlüssel zu bekommen, ist ausgeschlossen, da andere als dem Kunden ausgehändigte Schlüssel gar nicht existieren. (vgl. Dresdner Bank Nr. 4). Außerdem hat der Kunde bis zum Widerruf der Vollmacht die uneingeschränkte Besitzstellung des Kunden, so daß kein Grund besteht, ihm für diesen Zeitraum den Besitz und damit das Pfandrecht abzusprechen.

tigten — des Pfandgläubigers — lautende Einlaßkarte erhalten hat. Erst dann ist eine eigentliche Besitzübertragung und damit ein wirksames Pfandrecht entstanden.

Daß es sich hierbei um eine Besitzübertragung nach § 1205 BGB. handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber auch durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1205 kann eine Verpfändung erfolgen. Regelsberger [142]) erwähnt den Fall, daß der Kunde seine Schrankfachschlüssel bei einem Dritten hinterlegt, der sich verpflichtet, sie nur auf Grund einer übereinstimmenden Willenserklärung des Verpfänders und des Pfandgläubigers herauszugeben. Damit ist aber den Erfordernissen des § 1206 nicht genügt, da darin weder die Einräumung des Mitbesitzes an den Pfandgläubiger noch des Besitzes an den Dritten, den Pfandhalter, zu erblicken ist. — Der erforderliche Mitverschluß des Gläubigers kann durch Anbringung eines Vorhängeschlosses am Riegel des Schrankfaches geschehen. (Eine Vorrichtung dafür besteht regelmäßig, wird aber nur in Ausnahmefällen von einzelnen Kunden benutzt.) Daneben wird der Kunde auch hier alle Bedingungen erfüllen müssen, die dem Pfandgläubiger den Zutritt zu der Stahlkammer sichern. — Die Garantie dafür, daß der Kunde nicht mehr allein über die Pfandsache verfügen kann, kann auch dadurch geschaffen werden, daß die Bank sich bereit erklärt, in Zukunft nur noch dem Kunden und dem Pfandgläubiger gemeinsam den Zutritt zu der Stahlkammeranlage zu gestatten [143]). Ob sich die Bank zu einer solchen Verpflichtung bereit finden wird, ist allerdings fraglich und ganz in das freie Belieben der Bank gestellt. Von einer allgemeinen Möglichkeit der Verpfändung auf diesem Wege kann nicht die Rede sein.

Die weitere Möglichkeit des § 1206, nämlich der mittelbare Mitbesitz [144]) des Kunden und des Pfandgläubigers bei alleinigem unmittelbarem Besitz eines Dritten und ausschließlicher Herausgabemöglichkeit an beide gemeinsam, scheidet beim Schrankfachvertrag aus. Der Bankier hat keinerlei Besitz, es besteht also auch kein Herausgabeanspruch ihm gegenüber [145]). Räumt der Kunde allerdings der Bank den Besitz ein, z. B. durch Rückgabe seiner Schlüssel, so kann, falls die Bank die Verpflichtung übernimmt, nur an den Kunden und den Gläubiger gemeinsam herauszugeben, ein Pfandrecht gemäß § 1206 bestellt werden [146]).

§ 5. Kein gesetzliches Vermieterpfandrecht nach § 559 BGB.

Abschließend sei die Frage erörtert, ob dem Bankier auf Grund seiner Vermieterstellung das gesetzliche Vermieterpfandrecht nach den

---

142) aaO. S. 6.
143) Vgl. Wolff: Jh.Jahrb. 44 S. 200, Düringer aaO. S. 69, Gumbel aaO. S. 32.
144) Vgl. Wolff: Sachenrecht § 9 II, 2.
145) RG. in JW. 1895 S. 399, Stein-Jonas § 857 Note 8, Bondi aaO. S. 13, Cohn aaO. S. 254, Marcus aaO. S. 254, Hertel aaO. S. 53, Wimmer aaO. S. 38, Kohls aaO. S. 55.

§§ 580, 559 BGB. zusteht. Obwohl der Schrankfachvertrag ein Mietvertrag ist, muß das verneint werden. Zunächst ist fraglich, ob § 580 überhaupt zutrifft, ob nämlich das gemietete Schrankfach ein „anderer Raum" im Sinne dieser Bestimmung ist oder mit anderen Worten — ob es sich hier um einen Mobiliar- oder um einen Immobiliarmietvertrag handelt. Die lebhaften Kontroversen über diese Streitfrage sind zum Teil auf die verschiedenartige technische Konstruktion der Schrankfächer (eingemauerte und frei in der Stahlkammer stehende Schränke), zum Teil auf die Auslegung des Begriffes „Raum" zurückzuführen. Für die mit den Wänden der Stahlkammer fest verbundenen Schränke besteht kein Grund, ihnen die Immobiliareigenschaft abzusprechen. Sie sind regelmäßig nach § 93 BGB. als wesentliche Bestandteile des Bankgebäudes anzusehen, denn durch die Einfügung in die Mauern des Gebäudes verlieren sie ihre selbständige Bedeutung und werden zum Gebäudeteil. Sie sind in ihrer Konstruktion wesentlich verschieden von den freistehenden Schränken und würden in ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung weitgehend verändert werden, wenn sie aus dem Gebäude herausgerissen würden. Sie sind auch nach § 94 Abs. 2 als wesentliche Bestandteile des Bankgebäudes, mithin ebenfalls als unbewegliche Sachen anzusehen, da sie zur Herstellung des Gebäudes eingefügt worden sind. Ob das Bankgebäude von Anfang an zu diesem Zwecke bestimmt war [147]), ist dafür unerheblich.

Anders dagegen bei den frei in der Stahlkammer stehenden Schränken, die gegenüber den eingemauerten Schränken weit häufiger vorkommen. Hier ist es zweifelhaft, ob sie als bewegliche oder als unbewegliche Sachen angesehen werden müssen. (Ob sie als Zubehör des Bankgebäudes zu betrachten sind [148]), kann dahingestellt bleiben, denn das Zubehör einer beweglichen Sache wird nicht ebenfalls zur unbeweglichen Sache [149]). — Nach Wilutzky [150]) sollen auch die freistehenden Schränke als Immobilien behandelt werden. Diese allgemein abgelehnte Auffassung [151]) ist in letzter Zeit wieder von Dorpalen [152]) vertreten worden. Die Begründung ist allerdings nicht überzeugend. Nach Dorpalen (im Anschluß an Wilutzky) ist es mit dem Charakter des Schrankfachvertrages unvereinbar, die freistehenden Schränke als Mobilien aufzufassen, da der Vertragszweck einen geschützten Raum an einer ganz bestimmten Stelle erfordere. Damit werde das Schrankfach begrifflich zu einem Bestandteil der Tresormauern und der sonstigen Schutzeinrichtungen. Es könne aus dem Tresorraum nicht

---

146) Vgl. Regelsberger aaO. S. 6. Nach ihm erfordert der § 1206 zwar seinem Wortlaut nach, daß der Dritte im Besitz der Pfandsache sei, was bei dem Bankier nicht der Fall sei. Es komme im Sinne des § 1206 aber allein darauf an, daß der Bankier die Möglichkeit habe, dem Kunden den Zutritt zur Stahlkammer zu verwehren. Bei einer Verpflichtung der Bank gegenüber dem Kunden und dem Pfandgläubiger nur beiden gemeinsam das Schrankfach zu öffnen, entstehe daher ein wirksames Pfandrecht.

147) Vgl. Staudinger § 94 Note 3 e.

148) Vgl. die Ausführungen bei Wimmer S. 23.

149) Vgl. Düringer aaO. S. 66.

150) aaO. S. 294.

151) Vgl. Wettstein aaO. S. 23, Wimmer aaO. S. 24.

152) aaO. S. 8 f.

entfernt werden, ohne daß der Vertrag in seinem wesentlichsten Teil verletzt würde. — Das ist nicht richtig. Bestandteil des Gebäudes sind nur die eingemauerten Schränke, die Fächer in den freistehenden Schränken sind nur Abteile in einer beweglichen Sache [153]). Durch die Parteiabsicht allein kann aber nicht eine bewegliche Sache zur unbeweglichen gemacht werden. Auch die vorgebrachten rechtspolitischen Bedenken gegen eine Trennung von unbeweglichen und beweglichen Schrankfächern sind unbegründet. Dorpalen meint, daß der Bankier dann immer erst auf die Eigenschaft der Schränke als bewegliche oder unbewegliche Sachen hinweisen müßte, damit der Mieter sich vergewissern könnte, ob er gegebenenfalls mit einem gesetzlichen Vermieterpfandrecht nach §§ 580, 559 BGB. zu rechnen habe oder nicht. — Abgesehen davon, daß es nie zu den Pflichten eines Vermieters gerechnet werden kann, den Mieter über Rechtsfolgen aus einem gewöhnlichen Vertrage zu unterrichten, sind diese Bedenken gegenstandslos, weil ein von Dorpalen herangezogenes gesetzliches Vermieterpfandrecht überhaupt nicht existiert. Das ergibt sich einmal daraus, daß — selbst wenn man sämtliche, auch die freistehenden Schränke, als Immobilien auffaßt, doch nicht die Möglichkeit besteht, die Fächer als Räume im Sinne des § 580 BGB. aufzufassen. Die Tatsache, daß die Schrankfächer verhältnismäßig klein sind, wird zur Ausschließung des § 580 BGB. zwar nicht genügen [154]). Aus der Zusammenstellung „Wohnräume und andere Räume“ im § 580 darf man jedoch entnehmen, daß für diese Räume ebenfalls nach ihrer Größe und wirtschaftlichen Zweckbestimmung eine gewisse Ähnlichkeit mit den Wohnräumen gefordert wird. Das ist aber für die Schrankfächer nicht der Fall. Sie sind vielmehr im Gegensatz zu Räumen als bloße Behältnisse aufzufassen [155]).

Zum anderen spricht aber — selbst wenn man diese Argumentation für unbegründet halten mag — eine andere Erwägung ganz entscheidend gegen die Anwendbarkeit der §§ 580, 559 BGB. Der Sinn des Vertrages ist die uneingeschränkte Sicherstellung der Sachen für den Kunden und die jederzeitige Verfügungsmöglichkeit für ihn. Diese Vertragsabsicht ist jedoch — was Dorpalen anscheinend nicht beachtet — nicht nur auf Seiten des Kunden, sondern ebenfalls auf Seiten der Bank vorhanden. Die Bank nimmt keinerlei Kenntnis vom Inhalt und ist auch — soweit keine Vertragsbestimmungen verletzt sind und ihr kein vertragliches Pfandrecht bestellt ist — vollkommen uninteressiert am Inhalt. Sie muß das auch sein, weil sonst die wesentliche Voraussetzung für den Vertragsabschluß, das Vertrauen des Kunden auf seine ungehinderte Verfügungs-

153) So Focke aaO. S. 58. Man könnte die freistehenden Schränke herausnehmen und in einem anderen Raume unterbringen. Ob damit am Charakter des Schrankfachvertrages etwas geändert würde, erscheint zweifelhaft. Es gibt sogar Schränke, die nicht in einer Stahlkammer sondern in einem anderen gewöhnlichen Raum des Bankgebäudes stehen. (So z. B. Sparkasse in Celle).

154) so Brückner aaO. S. 252, Wilutzky aaO. S. 295.

155) Regelsberger aaO. S. 4, Focke aaO. S. 58, Jacoby aaO. S. 42, Mittelstein aaO. S. 20.

möglichkeit wegfallen würde. Die gegenteilige Auffassung würde, worauf schon Düringer hingewiesen hat [156]), zu der Annahme führen müssen, daß dem Bankier jederzeit das Recht zustände, von dem Kunden Aufschluß über den Fachinhalt zu verlangen. Ferner würde dann, falls der Kunde, wie üblich, die Einlage ohne Wissen des Bankiers entnimmt, das gesetzliche Pfandrecht des Bankiers fortbestehen [157]) — gewiß ein von beiden Parteien nicht gewollter Zustand. Wenn Dorpalen darauf hinweist, daß die Sachlage auch bei einem gewöhnlichen Mietvertrage nicht anders sei, und daß kein Grund bestehe, dem Schrankfachmieter eine günstigere Stellung einzuräumen, so ist dieser Vergleich nicht ganz zutreffend. Der Mieter eines Schrankfaches rechnet nicht von vornherein mit dem Entstehen eines gesetzlichen Pfandrechtes. Er will im Gegenteil seine Wertsachen möglichst frei von jeder Zugriffsmöglichkeit durch Bankier oder Dritte wissen. — Daß die Banken im allgemeinen durch vertraglichen Vorbehalt den gleichen Erfolg doch erreichen (vgl. die allgemeinen Geschäftsbestimmungen sämtlicher Deutscher Großbanken) [158]) spricht m. E. ganz unmißverständlich für die hier vertretene Auffassung. Weil die Banken auf Grund der besonderen Natur des Schrankfachvertrages selbst nicht mit der Existenz eines gesetzlichen Pfandrechtes rechnen, suchen sie sich auf diesem Umwege in gleicher Weise zu sichern, als wenn ihnen ein gesetzliches Pfandrecht zustände. Aus dieser vertraglich vorgesehenen allgemeinen Pfandabrede entnimmt daher das Reichsgericht [159]) auch mit Recht ein Argument dafür, daß die Bestimmungen über das gesetzliche Pfandrecht durch vertragliche Abmachungen ersetzt seien, während Dorpalen darin keine Aufhebung, sondern nur eine Ergänzung der gesetzlichen Pfandrechtsbestimmungen sieht.

Die praktische Bedeutung des Streites über das Bestehen eines gesetzlichen Vermieterpfandrechtes ist gering. Das Pfandrecht der §§ 580, 559 BGB. dient lediglich der Sicherung für die Forderungen aus dem Mietvertrag selbst. Diese Forderungen beschränken sich praktisch auf die Mietsumme, (daneben wären Ansprüche aus Verletzung der Schrankfachbestimmungen durch Beschädigung des Faches usw. denkbar) diese ist aber allgemein — was meist übersehen wird -- im voraus zahlbar. Außerdem steht der Bank für die Forderungen aus dem Mietvertrag das

---

156) aaO. S. 66.

157) a. A. Dorpalen aaO. S. 9, der einen stillschweigenden Verzicht des Bankiers annimmt, weil er in jedem Falle mit der Entnahme von Wertgegenständen rechnen müsse und sich daher nicht auf sein Nichtwissen berufen könne.

158) Ob allerdings dafür die allgemeine Klausel ausreicht, daß alle aus irgend einem Anlaß in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz bezw. Verwahrung der Bank gelangte Wertpapiere und sonstige Gegenstände der Bank als Pfand haften, ist zweifelhaft und muß von der hier vertretenen Auffassung des Alleinbesitzes des Kunden abgelehnt werden. Anders jedoch, wenn sich weiter die ausdrückliche Bestimmung findet, daß auch die in den Stahlfächern der Kunden liegenden Werte mit haften. Mit der Unterzeichnung einer derartigen Bestimmung gibt der Kunde zu erkennen, daß er der Bank ein vertragliches Pfandrecht einräumen will. So richtig Dorpalen aaO.

159) Vgl. das oben S. 37—38 zitierte Urteil des RG. vom 16. 5. 1933, vgl. auch Zahnen, JW. 1933, S. 2138, ebenso Prost, JW 1934, S. 965.

Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. zu, das sie durch Verweigerung des Zutrittes und der ihr obliegenden Mitwirkung beim Öffnen des Faches ausüben kann. Die Bank ist also durch das Fehlen des gesetzlichen Pfandrechtes kaum schlechter gestellt, denn daß das Zurückbehaltungsrecht keine direkte Befriedigungsmöglichkeit wie ein Pfandrecht gewährt, ist mit Rücksicht auf die für den Kunden entstehende Zwangslage unerheblich. Entweder wird sich der Kunde zur Begleichung der fälligen Forderungen gezwungen sehen oder aber zur Sicherheitsleistung nach § 273 Abs. 3.

Das Befriedigungsrecht aus § 369 HGB. steht der Bank selbst dann nicht zu, wenn der Kunde Kaufmann ist, da die Sachen nicht in den Besitz der Bank gelangt sind.

Das für die Bank maßgebliche Sicherungsrecht wird somit immer das vertraglich eingeräumte Pfandrecht nach § 1206 BGB. bleiben. Es ist von Bedeutung vor allem deshalb, weil es kraft der Bestimmung des § 1207 an allen in das Schrankfach eingelegten Gegenständen entsteht, ohne Rücksicht darauf, ob sie Eigentum des Kunden sind oder nicht.

Anhang I.

Bestimmungen für die Vermietung von eisernen Schrankfächern in den Stahlkammern der Dresdner Bank.

Die Dresdner Bank vermietet verschließbare Fächer zur Aufbewahrung von Wertpapieren und Wertsachen an Personen, die sich genügend ausweisen, unter folgenden Bedingungen:

1. Die im voraus zu entrichtende Grundmiete richtet sich nach der Größe des Faches. Die Vermietung erfolgt, soweit nicht andere Abmachungen getroffen sind, auf ein Jahr.

2. Die zu vermietenden Schrankfächer befinden sich in der Stahlkammer der . . . .

Die Bank wird sich der Sicherung und Bewachung der Stahlkammer mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt widmen, haftet jedoch hierfür nur bis zur Höhe der 500fachen Jahresmiete, im Höchstfalle bis zu 20 000 RM für jedes Fach und nicht über den tatsächlichen unmittelbaren Schaden zur Zeit des Verlustes hinaus. Es bleibt dem Mieter überlassen, das Risiko durch eine Versicherung zu decken, deren Abschluß die Bank zu vermitteln bereit ist.

3. Die Fächer dürfen nur zur Aufbewahrung von Dokumenten, Wertpapieren, Schmuck- und anderen Wertgegenständen benutzt werden. Sie dürfen nicht zur Aufbewahrung von feuer- oder sonst gefährlichen Gegenständen, insbesondere auch nicht von Filmpacks benutzt werden. Der Mieter, der diesen Bestimmungen zuwider handelt, haftet für jeden dadurch entstehenden Schaden, auch wenn er die Gefährlichkeit der eingebrachten Gegenstände nicht gekannt hat. Die Bank ist berechtigt aber nicht verpflichtet, sich von der Beachtung dieser Vorschrift zu überzeugen und kann zu diesem Zweck von dem Mieter Einsicht in den Inhalt verlangen.

4. Die Schrankfächer stehen unter dem eigenen Verschluß des Mieters und dem Mitverschluß der Bank; nur beide gemeinsam können das Fach öffnen und schließen. **Der Mitverschluß der Bank dient nur zur Ausübung einer genauen Kontrolle.** Für den ordnungsmäßigen Wiederverschluß des Faches hat der Mieter Sorge zu tragen. Er ist für den aus der Nichtbeachtung dieser Vorschrift entstehenden Schaden allein haftet. Dem Mieter werden von der Bank die zum Schrankfach und zur Blechkassette gehörenden Schlüssel in zwei Exemplaren — **weitere sind nicht vorhanden** — geliefert, er hat die Schlüssel sorgfältig aufzubewahren und den Verlust auch nur eines Schlüssels — bei eigener Verantwortlichkeit für die Folgen der Unterlassung — der betreffenden Bankstelle sofort anzuzeigen, die Bank wird dann die Änderung des Schlosses und die Anfertigung neuer Schlüssel auf Kosten des Mieters veranlassen. Außerdem ist in jedem Falle das Schlüsselwort (Paßwort)

zu wechseln. Verliert der Mieter beide Schlüssel, so daß ein gewaltsames Öffnen des Schrankfaches nötig wird, so hat er sich mit der Bank hierüber zu verständigen. Alle erforderlichen Arbeiten dürfen nur von den Handwerkern der Bank ausgeführt werden. Sämtliche Kosten hat der Mieter zu tragen.

5. Die Stahlkammer ist werktags in den aus den Anschlägen ersichtlichen Geschäftsstunden geöffnet. Der Eintritt ist nur den dazu bestimmten Beamten der Bank und den Mietern oder dem zu deren Vertretung Berechtigten gestattet.

6. Jedem Mieter eines Schrankfaches wird ein Schlüsselwort (Paßwort) gegeben, ohne dessen Kenntnis niemand zur Stahlkammer zugelassen wird. Die Bank ist berechtigt, die Kenntnis des Schlüsselwortes in Verbindung mit dem Besitz der Schrankfachschlüssel als genügenden Ausweis anzusehen; daher muß in betreff des Schlüsselwortes dem Mieter die größte Sorgfalt anempfohlen werden. Will der Mieter das Recht zum Eintritt in die Stahlkammer einem anderen an seiner Statt verschaffen und ihm die Verfügung über das gemiete Schrankfach übertragen, so hat er ihn durch Vollziehung eines von der Bank gelieferten Formulars hierzu zu ermächtigen. Diese Vollmacht, deren Erstreckung auch über den Tod des Mieters hinaus vorgesehen ist, muß mit der Handzeichnung des Bevollmächtigten versehen der Bank ausgehändigt werden und bedarf ihrer Genehmigung. Mieter oder Bevollmächtigte haben vor Eintritt in die Stahlkammer auf Verlangen zur Prüfung der Identität ihre Unterschrift abzugeben. — Jede Vollmacht besteht für die Bank solange zu Recht, bis sie schriftlich widerrufen wird. Bei Zurückziehung einer Vollmacht ist von der Bank ein neues Schlüsselwort einzufordern, erforderlichenfalls ist auch das Schloß abzuändern.

Bei nur zeitweiliger persönlicher Verhinderung kann der Mieter durch Ausstellung eines Einlaßscheines, zu dem die Bank das Formular liefert, jemand zu einmaligem Besuche berechtigen. Dieser Schein ist bei Benutzung abzugeben und bleibt in den Händen der Bank.

7. Die Schlüssel zum Schrankfach und zur Blechkassette sind bei Ablauf des Mietvertrages in unbeschädigtem Zustande zurückzuliefern; der Mieter hat etwa fehlendes zu ersetzen, nötigenfalls die Kosten der Erneuerung des Schlosses zu tragen. Durch Rückgabe der Schlüssel erlöschen jegliche Ansprüche gegen die Bank aus dem Mietvertrage.

8. Der Bank steht es frei, jederzeit das Mietverhältnis ohne Angabe von Gründen, jedoch gegen verhältnismäßige Rückzahlung der Miete aufzuheben. Eine solche Rückvergütung erfolgt jedoch nicht bei freiwilligem Aufgeben des Faches vor Ablauf der Mietzeit. Der Mietvertrag ist nur für die Person gültig, mit welcher er geschlossen wurde; Untervermietung oder Übertragung ist nicht zulässig. Der Vertrag gilt stillschweigend als auf die gleiche Zeitdauer verlängert, wenn vor Ablauf von keiner Seite eine dem entgegenstehende Erklärung abgegeben wird oder der Mieter zwar kündigt, aber die Schlüssel nicht rechtzeitig zurückgibt.

10. Die Bank ist berechtigt, wenn binnen zwei Wochen nach Absendung einer dahingehenden Aufforderung etwaige Miet- oder sonstige

Ansprüche aus dem Mietvertrage nicht gezahlt oder die Schlüssel nach Beendigung des Mietverhältnisses von dem Mieter oder seinem Rechtsnachfolger nicht zurückgeliefert werden, ohne jedes gerichtliche Verfahren das Schrankfach öffnen zu lassen und sich aus dem Inhalte wegen ihrer Ansprüche zu befriedigen. Der Verkauf der nach alleiniger Auswahl der Bank zur Befriedigung dieser Forderungen bestimmten Wertgegenstände geschieht nach Maßgabe der im § 1235 des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Verkauf von Pfändern enthaltenen Vorschriften **ohne weitere Androhung, Fristbestimmung und Benachrichtigung.**

11. Der Bank steht das Recht zu, eine besondere Sicherheit in bar oder Wertpapieren für bestehende oder in Zukunft entstehende Forderungen aus diesem Mietvertrage zu verlangen.

Beispiel für die neuste Form der Schrankfachbedingungen:

Bedingungen der Deutschen Bank und Diskonto-Gesellschaft.

1. . . . . . .

2. Der Mieter hat der Bank die zum Zutritt berechtigten Personen zu bezeichnen und ihre Unterschrift niederzulegen. Er erhält auf den Namen der Zutrittsberechtigten lautende Einlaßkarten und auf Wunsch ein Schlüsselwort (Paßwort).

3. . . . . . .

4. Die Schrankfächer stehen unter dem *eigenen* Verschluß des Mieters. Sie können nur geöffnet und geschlossen werden, wenn die Bank mit einem besonderen Schlüssel mitwirkt. Die Mitwirkung bezieht sich *nicht* auf den Inhalt des Schrankfaches, den der Mieter darin verwahrt; die Bank nimmt von dem Schrankfachinhalt *keine Kenntnis*, und dem einzelnen Angestellten ist es untersagt, bei der Bearbeitung des Schrankfachinhaltes mitzuwirken.

Der Mieter erhält von der vermietenden Stelle der Bank zwei gleiche Schlüssel zum Schrankfach und auf Wunsch auch eine verschließbare Kassette mit zwei Schlüsseln; **weitere Schlüssel sind nicht vorhanden.**

5. . . . . . .

6. Vor dem Zutritt zum Schrankfach hat sich der Mieter oder sein Vertreter auszuweisen, und zwar durch Abgabe der Unterschrift und — auf Verlangen der Bank — durch Vorzeigung der Einlaßkarte sowie gegebenenfalls durch Nennung des Schlüsselwortes.

Außerdem kann der einmalige Zutritt zum Schrankfach demjenigen gewährt werden, der ein entsprechendes Schreiben des Mieters überreicht und sich durch Schrankfachschlüssel, Einlaßkarte des Mieters und — auf Verlangen der Bank — durch Nennung des Schlüsselwortes ausweist. Die Bank darf den Besitz der Einlaßkarte des Mieters und des Schrankfachschlüssels bei Richtigbefund der Unterschrift als genügenden Ausweis ansehen.

7. Die Bank darf das Mietverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Sie erstattet einen verhältnismäßigen Teil der Miete zurück, sofern nicht der Mieter einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat. Als solcher Grund ist es insbesondere anzusehen, wenn der Mieter seine Rechte aus dem Mietvertrage oder am Inhalte des Schrankfaches abtritt oder verpfändet.

8—16. . . . . . .

Lebenslauf.

Am 12. Oktober 1911 wurde ich zu Hagenburg (Sch.-Lippe) als Sohn des damaligen Försters, jetzigen Hegemeisters i. R. Karl Harting geboren. Von 1918—1924 besuchte ich die Volksschule Hagenburg, anschließend die Hölty-Oberrealschule zu Wunstorf, die ich Ostern 1930 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte zunächst in Marburg ein Semester Kunstgeschichte und neue Sprachen, dann 6 Semester Rechtswissenschaft und zwar je ein Semester in Marburg, Freiburg und Berlin, die letzten drei Semester in Göttingen. Am 21. 2. 1934 bestand ich vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. 8. 1934 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25. Oktober 1935.